STUDI GIURIDICI E POLITICI

# LA MORATORIA

ED IL

# CONCORDATO PREVENTIVO

DELL'AVVOCATO

PROSPERO ASCOLI

*Prof. ord. di Diritto commerciale nella R. Scuola Superiore di Commercio di Venezia*

ULRICO HOEPLI
EDITORE-LIBRAJO DELLA REAL CASA
MILANO

1896.

# LA MORATORIA ED IL CONCORDATO PREVENTIVO

# LA MORATORIA

ED IL

# CONCORDATO PREVENTIVO

DELL'AVVOCATO

PROSPERO ASCOLI

*Prof. ord. di Diritto commerciale nella R. Scuola Superiore di commercio di Venezia*

ULRICO HOEPLI
EDITORE-LIBRAJO DELLA REAL CASA
MILANO

1896.

# INDICE E SOMMARI

# PREFAZIONE

Spesso si imputa alla legge le conseguenze di mali che derivano necessariamente dai fatti che la legge stessa si propone di regolare; spesso si attribuisce ad una instituzione i deplorevoli effetti di disposizioni legali irragionevoli o di errori giudiziari nell'interpretazione ed applicazione delle leggi stesse.

La moratoria, il concordato preventivo o la liquidazione giudiziaria, palliativi ai disastri ed alle tristezze del fallimento sono e saranno sempre, come il fallimento, affari cattivi, che i commercianti non vedranno mai di buon occhio, sebbene siano da tutti riconosciuti come espedienti per evitare mali maggiori. Sia che si conceda una dilazione al pagamento dei debiti, sia che col concordato, assentito dalla sola maggioranza, s'imponga la conciliazione di interessi in conflitto, il legislatore funge sempre da medico, chiamato a curare un male, sulla cui esistenza non può sorger dubbio. Come

i farmachi ai malati, così questi rimedi cagioneranno, se male scelti o male applicati, inconvenienti maggiori di quelli che si propongono di curare o di rendere almeno meno acuti e funesti.

La moratoria, fieramente combattuta e debolmente difesa nel campo teorico, comparve nel Codice di commercio italiano del 1883, come un semplice capitolo della legge sul fallimento e, per difetto di seri studi sul fondamento giuridico della medesima e sui bisogni ai quali intendevasi di provvedere, la moratoria fu considerata come un beneficio pel solo debitore e fu subordinata a condizioni accidentali e troppo facili a presentarsi, senza determinare con chiarezza nemmeno gli effetti del beneficio e le garanzie processuali.

La pratica giornaliera rilevò sempre più i vizi e le lacune della legge. Se da un lato l'autorità giudiziaria fece uso di questo beneficio con poca parsimonia, dall'altro il beneficio stesso, talvolta saggiamente applicato, riuscì in pratica di non lieve profitto, avendo servito a salvare dal pericolo di naufragio industrie piene di vitalità, quantunque, per vicende transitorie, minacciate nella loro esistenza, ed a conservare lavoro a migliaia d'operai.

Al flagrante conflitto tra le oscure disposizioni della legge vigente e le esigenze economiche e pratiche, non potea provvedere l'opera della giurisprudenza, senza invadere il campo legislativo. Di ciò si è convinta anche la Commissione ministe-

riale per la revisione del Codice di commercio, la quale, a mezzo della sua sotto-Commissione, composta di illustri giureconsulti, presentò già il progetto sul *concordato preventivo*, che si vorrebbe sostituire alla moratoria, e la sua dotta relazione sul progetto stesso.

Speriamo che, in seguito ai seri studi della Commissione per la revisione del Codice di commercio, il legislatore italiano in un termine relativamente breve possa compiere la riforma di un istituto tanto difettoso; ma, nel frattempo, avvocati, giudici, creditori e debitori dovranno barcollare, forse per tempo lunghissimo, in mezzo alle più serie difficoltà nell'applicazione di una legge difettosa che dà luogo alle più disparate opinioni, ricorrere ai lavori preparatori, che non si possono aver sempre alla mano, e che furono assai infelicemente compilati, e dedicarsi a ricerche, spesso infruttuose, negli annali della giurisprudenza. I commentari ed i trattati sul fallimento non possono sempre servire a sussidio dell'incompleta opera legislativa, di guida nella soluzione di gravi questioni.

Assai di frequente, in materia di moratoria, si presenta la questione se si debbano applicare per analogia le norme della legge sul fallimento o ricorrere piuttosto ai principii generali di diritto, e molte volte e l'una e l'altra via guidano ad assurde conclusioni, troppo contrarie all'obbiettivo che la moratoria si propone.

D'altra parte il commento di una legge che sta per essere riformata, potrebbe essere ritenuta opera di non pratica utilità ed apparire inutile lo studio della moratoria, che sta per essere surrogata dal concordato amichevole. — Ma appunto perciò io non ho voluto limitarmi a commentare e precisare il testo della legge vigente, ma volli altresì esaminando questi testi ed i voti della giurisprudenza in relazione ai consigli ed ammaestramenti che possono trarsi dai precedenti storici ed ai fatti che già si presentarono e che possono presentarsi nella pratica, additare i vizi e le lacune dei precetti legislativi vigenti ed esporre alcune modeste osservazioni sul progetto del concordato preventivo. Se, per la lunga pratica acquistata negli affari e per l'indirizzo pratico dato ai miei studi, il mio lavoro avesse la fortuna di riuscir utile, anche in minima parte, o al magistrato, o al legislatore, od ai colleghi miei, l'intento mio sarebbe pienamente raggiunto.

# TITOLO I.

## CENNI STORICI

---

## CAPITOLO I.

### LA MORATORIA PRIMA DEL SECOLO XIX.

**1.** L'uso delle moratorie è molto antico. Il prof. Supino (*Moratoria,* nell'*Arch. giur.*, VIII, pag. 309) nota che già le XII tavole concedevano al debitore condannato un termine di trenta giorni durante il quale restava sospeso contro di lui ogni atto esecutivo per parte dei suoi creditori: *Aeris confessis rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto* (Tav. III).

Cassiodoro afferma che ai tempi di Teodorico, re dei Goti, erano già in uso le *literae respirationis.* — Nel diritto romano si riscontrano non solo traccie che arieggiano alla moratoria, ma vere e proprie moratorie; sebbene concesse da sovrano rescritto erano però regolate da principii e da norme ben determinate. *Exactio in tempus reo principali indultum differtur,* dicea la L. 1 ff. *Judicatum solvi;* e la L. 2 *Cod. de usuris rei iudic* prolungava la sospensione

degli atti esecutivi fino a quattro mesi. Un rescritto degli imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio del 382 disponeva che non potesse avere effetto la moratoria *nisi fidejussio idonea super debiti solutione praebeatur* (L. 4 *Cod. de precib. Imp. off.*). La *praescriptio moratoria* dapprima consisteva nella concessione di un termine al pagamento fatta dal principe al debitore (L. 2 *Cod. de precib. Imp. off.*); questa facoltà però fu dall'Imperatore Giustiniano lasciata libera ai creditori, a seconda del voto della maggioranza; pratica seguita poi per moltissimi anni sotto l'impero del *gius* comune (Casaregis, *De comm.*, Disc. 172. — Urceolus, *De transactionibus*, Quaest. 85. — Giorgi, *Teoria delle obbligaz.*, Vol. IV, N. 336). — Ed invero, come osserva il Supino (op. cit., pag. 311), un rescritto di Giustiniano dell'anno 532 dettava delle norme pel caso di disparere fra i creditori e sul modo di fissare la maggioranza (L. 8 *Cod. qui bonis ced poss.*), rescritto, il quale facea prevalere innanzi tutto la volontà della maggioranza di somma; nel caso che i crediti fossero eguali volea prevalesse la maggioranza di numero; e nel caso che il numero dei creditori e l'entità delle somme fossero eguali d'ambe le parti volea che prevalesse la decisione più favorevole al debitore.

Certo si è però che la moratoria concedevasi *humanitatis causa*, in ragione dell'eccessivo rigore delle leggi, ai debitori privati delle loro sostanze *fortunae injuria*, come dice il Vinnio (lib. IV, tit. XIII, n. 10), o a quelli che avessero sofferto qualche danno negli affari di famiglia ed all'intento di sottrarli al carcere od alla necessità di far la cessione dei loro beni. — Volgarmente queste concessioni chiamavansi *literae salvi conductus, gratiae, securitatis, respirationis.* Graziano, Valentiniano e Teodosio disposero che

nessun rescritto moratorio potesse concedersi senza idonea cauzione (L. 4 *Cod. de precib. Imper.*). — Donnello (*Opera omnia,* vol. V, col. 1570, nota 8) dice che per ottenere la massima dilazione di un quinquennio il debitore doveva *clarioribus probationibus* dimostrare la causa della sciagura e la difficoltà di pagare; ma che però per il più breve termine di un anno bastasse il giuramento del debitore, contro il quale non ammettevasi la prova contraria dei creditori. Aggiunge il Donnello: che il rescritto estorto con dolo non avea valore; che durante il termine non si potevano pretendere nemmeno gli interessi sebbene il corso dei medesimi non fosse arrestato; che la moratoria non si poteva concedere nè all'indegno, nè al fallito che avesse negato il debito, o che si accingesse alla fuga; e che la moratoria non si potea concedere che una volta sola. Il rescritto del principe non potea opporsi ai creditori futuri *de quibus cogitari non potuit* (*Institut. De except,* § ult.; L. 45 § *Fiscalibus ff. De jure fisci;* LL. 2 e 4 *Cod. De precib. Imp. off.;* L. ult. *Cod. Qui bon ced.* — Donnello e Vinnio, op. cit. — Ant. Fabro, *Codex,* lib. I, tit. IX, Defin. 2).

**2.** Troviamo usata la moratoria nei tempi antichi anche in *Ispagna;* ce lo attesta Salgado de Somoza (*Labirinthus creditorum concurrentium,* parte II, cap. XXX, n. 1): *Antiquus est in hisce regnis hispaniae moratoriae usus, quem appetere solent debitores aere alieno gravati ut per aliquod tempus lis concursus suspendatur, et a suis creditoribus interim non vexentur; et haec moratoria vel a principe justis de causis impetratur vel ab ipsis creditoribus indulgetur; et inducia dicitur.*

**3.** Nei *Paesi Bassi* nel 1200 si avevano i *brieven van respit,* coi quali prima in nome del conte e poscia in nome

degli Stati di ciascuna provincia si accordava la chiesta dilazione, e i *brieven van inductiae,* coi quali se ne abbandonava la concessione alla maggioranza dei creditori, a patto che il debitore prestasse idonea cauzione di pagare trascorso che fosse il termine concessogli. Queste *lettres de réspit* durarono in uso fino alla rivoluzione del 1581; rimesse in vita, per reprimere però i gravi abusi cui davano luogo, gli Stati d'Olanda nel 1784 dichiararono che d'allora in poi non si sarebbe più accordata alcuna moratoria, salvo in casi eccezionalissimi, e nel 1793 si richiesero lettere di raccomandazione dei municipii prima di accordarle; soppresse durante la rivoluzione francese furono ristabilite nel 20 gennaio e nel 15 novembre 1814; le accordava il potere reale, sentito l'avviso della Corte suprema.

**4.** In *Francia* nel 1560 si attribuì ai soli giudici ordinari il diritto di emanare le *lettres de répit o réspit.* Poi l'Ordinanza dell'agosto del 1669 e quella del marzo del 1673, relative a tali lettere, regolavano la concessione delle dilazioni ai pagamenti. — Si chiamavano appunto lettere di *réspit, de surseance* o *de loi de payer* quelle lettere che il Re accordava al debitore di buona fede contro i creditori troppo rigorosi. Si chiamavano le lettere *de réspit a respirando,* perchè davano il mezzo ai debitori di respirare durante la dilazione che si accordava loro al pagamento. Taluni vogliono che queste lettere sieno state introdotte da papa Urbano II in favore dei crociati (1088-1090) e che Luigi IX (San Luigi), prima del 1250, concedesse tre anni di proroga a coloro che lo accompagnarono nel suo viaggio d'oltre mare. Però prima dell'Ordinanza del 1669 che conteneva norme dettagliate, relative a tali concessioni, non conosciamo testi di legge che disciplinassero questa materia.

Colbert, avendo inspirato al re il progetto di un regolamento generale pel commercio, invitò i giudici, i consoli e le guardie dei sei corpi di Parigi a presentare le loro memorie sugli abusi che si commettevano in commercio e diede incarico a Savary di redigere gli articoli di un'Ordinanza commerciale che fu l'Ordinanza del 1673 e che Pussart chiamava *le Code Savary*. I cinque articoli, costituenti il titolo IX di questa Ordinanza, regolavano le *lettres de répit,* che il re riservavasi in certi casi di accordare ai falliti. Queste lettere non si accordavano che per gravi motivi ai commercianti, i quali dimostrassero, con principio di prova risultante da atto autentico, la necessità di dover ricorrere a questo espediente. Alla domanda dovevasi unire uno stato di tutti i mobili ed immobili, stato che il richiedente dovea certificare vero e completo. Queste lettere venivano spedite dai segretari del Re, controfirmate dal guardasigilli e controllate dal giudice del luogo, al quale venivano dirette. Subito dopo il sigillo e la spedizione delle lettere il richiedente dovea rimettere tanto al cancelliere del giudice, al quale erano dirette le lettere, quanto al cancelliere della giurisdizione consolare la più vicina, un duplicato dello stato dei beni mobili ed immobili, che dovea esso pure essere certificato vero, ritirandone ricevuta; e dello stato e delle ricevute dei cancellieri il debitore dovea inviare copia a ciascuno dei suoi creditori entro il termine fissato dalle lettere stesse, sotto pena di decadenza dal beneficio rispetto a quel creditore, al quale non fosse stata fatta tale notificazione. Riconosciuto fraudolento lo stato presentato dal richiedente, il debitore decadeva dal beneficio, se anche le lettere fossero state ratificate od accordate in contraddittorio e non poteva ottenerne delle altre, nè essere am-

messo al beneficio della *cessio bonorum*. Se coloro, che ottenevano le lettere *de réspit,* erano negozianti o banchieri, dovevano altresì presentare i loro libri o registri al cancelliere del giudice, al quale le lettere erano indirizzate; il cancelliere rilasciava un attestato, copia del quale dovea essere data a ciascuno dei creditori. Le lettere *de réspit* doveano essere notificate a ciascun creditore entro 8 giorni se debitori e creditori fossero domiciliati a Parigi e se altrove il termine veniva prolungato di un giorno per ogni 5 leghe. Il debitore decadeva dal benefizio rispetto a quei creditori ai quali non avesse notificato le lettere. Queste lettere includevano sempre il mandato al giudice di procedere alla ratificazione previa convocazione dei creditori; era il giudice che concedeva al richiedente quel termine che avesse giudicato conveniente per pagare i debiti; questo termine, che non potea essere maggiore di 5 anni, non potea essere concesso che col consenso di due terzi dei creditori ipotecari; nondimeno gli si accordava un termine di sei mesi per procurarsi la ratificazione, durante il quale non si potea perseguitare la sua persona nè i mobili destinati a suo uso. — Non erano valide le rinuncie anticipate al beneficio delle lettere *de réspit* nemmeno se costituenti patti di contratti bilaterali. Il fallimento reputavasi aperto fino dal momento nel quale il debitore avea ottenuto la lettera *de réspit* ed il debitore, sotto comminatoria di decadenza, non potea pagare con preferenza un creditore a danno degli altri. — Il debitore accusato di bancarotta, o carcerato, o quegli i cui effetti fossero posti sotto suggello, non potea approfittare delle lettere ottenute. Non si accordavano lettere di *réspit* per la seconda volta se non per cause nuove e di rilevante importanza; non si ammet-

tevano lettere di *réspit* per debiti di pensioni, di alimenti, di medicine, di fitti di case, di raccolte di grano, di stipendi a domestici, di paghe ad operai, di resti di conti di tutela, di depositi necessari e volontari, di stellionati, debiti di riparazioni di danni, interessi aggiudicati in materia criminale, in dipendenza di maneggio di pubblico denaro, per debiti cambiari, per debiti contratti per fornir viveri e foraggi all' armata, per debiti contratti in fiere, mercati e posti pubblici, o in dipendenza di acquisti di pesce di mare fresco, secco o salato, o per cauzioni giudiziarie ed estragiudiziali, per debiti di coobbligati, per spese funerarie, arretrati di rendite fondiarie, livelli e canoni enfiteutici, e finalmente per debiti derivanti da merci ed effetti comperati dalla Compagnia delle Indie orientali, o in ragione di cose vendute a quest'ultima. — L'art. 5 dell'Ordinanza del 1673 dichiarava incapaci d'esser sindaci o scabini delle città, giudici o consoli dei mercanti, quelli che avessero ottenuto le lettere di *réspit*; non potevano aver voto attivo o passivo nei corpi o comunità; nè essere amministratori di ospitali, nè pervenire ad altre pubbliche funzioni, e doveano essere esclusi dalle medesime se si trovavano attualmente in carica.

Il Savary osservava che, quantunque queste lettere costituissero grazie emanate dal Principe, nullameno intaccavano in certo modo l'onore e la riputazione di coloro che le ottenevano; potevano però essere riabilitati pagando interamente il capitale e gli interessi dovuti a tutti i creditori.

L'ordinanza del Châtelet di Parigi del 1678 concedeva poi ai commercianti e banchieri al fine di ottenere le lettere di *réspit* di rivolgersi al Presidente con ricorso corre-

dato dallo stato attivo e passivo in duplo certificato vero; ed il Presidente sullo stesso ricorso estendeva ordinanza che convocava per l'indomani tutti i creditori, affinchè eleggessero due persone delegate ad esaminare i registri, a fare l'inventario sommario ed a procedere alla stima di tutti gli effetti all'amichevole, se ciò fosse possibile; e, dopo aver sentito le persone delegate, omologava senza spese la convenzione stipulata.

**5.** L'instituzione dei rescritti moratori fu ammessa anche presso altri popoli. La troviamo accolta in *Prussia* dall'Ordinanza del 1577, dagli editti del 1701, 1709 e 1722 e dal *Corpus juris Friderici* (II, 23, § 20 e segg.) che determinavano speciali norme per la concessione di un termine da parte dell'autorità giudiziaria.

**6.** In *Austria* il nuovo Regolamento di commercio e dei falliti di Maria Teresa, nella parte II all'art. III, intitolato *Delle Moratorie*, al § 1, definiva la moratoria come una sospensione di pagamento, rilasciata da Maria Teresa o dal giudizio revisorio di Gratz, e per un tempo determinato, a favore del debitore molestato dai suoi creditori; al § 2: determinava, tra le condizioni, che il richiedente dovesse denunciare accuratamente il suo stato attivo e passivo e giurarlo — e di possedere *una facoltà sufficiente alla soddisfazione dei suoi creditori, talmente che niente poi gli manchi che il tempo per l'esazione reale del suo stato attivo o alienazioni delle sue facoltà o merci, con il di cui ritratto supplire all' accontentamento dei creditori;* al § 3, si puniva per frode colui che avesse chiesta la moratoria senza il concorso di detti requisiti o con falsi pretesti; e formalmente al § 4 si dichiarava che il termine è arbitrario e che, nel determinarlo, si deve avere riguardo alle circostanze, *cioè*

*alla qualità della persona del debitore, alla natura della sua disgrazia, alla rilevanza dei debiti, ed al tempo ed alla speranza dell'effettivo pagamento.*

## CAPITOLO II.

### LA MORATORIA NEL SECOLO ATTUALE.

**7.** In *Austria* non si conosce l'instituto della moratoria. Il Regolamento di commercio e dei falliti di Maria Teresa fu abolito col § 456 del Regolamento generale del processo civile, il quale disponeva: *Non potrà in avvenire aver luogo alcun moratorio. Il Regolamento concursuale* approvato con legge 28 dicembre 1868 non ammise alcun altro procedimento all'infuori di quello del fallimento.

**8.** In *Prussia* il procedimento già in uso nel secolo precedente passò nella legge generale (I, 47), la quale distingue la moratoria concessa di fronte un solo creditore da quella concessa contro più creditori. — Le guerre e le altre calamità pubbliche del 1806 originarono le moratorie generali per singole parti dello Stato e per singoli instituti di credito e gli indulti speciali per qualche comune rurale. — La legge prussiana del 1855 con nuove regole processuali venne a ridurre le moratorie generali. Anche le leggi di *Sassonia* del 1831 e dell'*Hannover* del 1840 aveano di molto limitato le moratorie in causa del loro rigore circa alla documentazione delle condizioni necessarie per ottenere la concessione del beneficio. — Per la legge prussiana del 1855 (*Pruss Concurs*, Ordin. 1855,

§§ 421 e segg.), il giudice con decisione inappellabile può concedere una dilazione massima di un anno, in seguito a domanda sufficientemente giustificata del debitore, purchè la domanda stessa sia presentata al più tardi entro quattordici giorni da quello in cui il credito divenne esecutivo. La concessione non è ammessa per i debiti cambiari e pei debiti di alimenti.

**9.** In *Inghilterra* non si conosce che la *law composition with creditors*, ossia l'accordo privato coi creditori, soggetto alle regole generali in materia contrattuale *(voluntarism)* che costituisce una fase preliminare obbligatoria del giudizio di fallimento, solo mezzo di sfuggire alle dannose eventualità del fallimento, regolato dal *Bankruptcy act* del 25 agosto 1883, con aggiunte e modificazioni fatte colle leggi 16 settembre 1887 (50 e 51 *Victoria act,* ch. XVII) e 18 agosto 1890 (53 e 54 *Victoria act,* chap. LXXI). Il fallimento d'ufficio non esiste; la Corte, su domanda del fallito o dei creditori, pronuncia un *receiving order* od ordinanza di sequestro in conseguenza della quale ha luogo o il componimento amichevole o il fallimento. L'*official receiver,* scelto fra i funzionari addetti ad ogni corte competente, è chiamato a funzioni simili a quelle demandate al nostro giudice delegato; deve specialmente fare la sua relazione sulla condotta del debitore e dello stato dei suoi affari; è investito dei poteri che si riferiscono alla persona ed ai beni del debitore. Questi però non vien spogliato dell'amministrazione nè colpito dalle incapacità che sono comminate dalla legge sul fallimento. — Quest'ordinanza non ha per oggetto che la verificazione dello stato delle cose e la sorveglianza, ma sospende provvisoriamente ogni atto di esecuzione. — Verificati i crediti *(proof of debets),*

si convocano i creditori; si esamina se sia il caso di accordare al debitore un concordato *(composition)*, o di concludere con lui piuttosto un accordo speciale *(scheme of arrangement of the debtor's affairs)*; e questa deliberazione è valida se aderisce la maggioranza in numero, rappresentante i tre quarti del passivo dei creditori presenti o rappresentati. Il concordato non diventa definitivo che in seconda convocazione, in seguito ad approvazione della maggioranza di tre quarti dei crediti verificati, e non diventa obbligatoria che dopo omologato dalla Corte su rapporto dell'*Official receiver*. Si rifiuta l'omologazione, se il concordato è giudicato irragionevole e dannoso alla massa dei creditori, o se il debitore ha contravvenuto alla legge sui fallimenti o se è reo di bancarotta. — Omologato il concordato, non si può più dichiarare il fallimento; ma da quel momento il patrimonio del debitore diventa proprietà dei creditori; invece la realizzazione dei suoi beni lo libera di fronte a quest'ultimi. Sia il concordato che l'accordo speciale è opponibile a tutti i creditori per tutto ciò che può esser loro dovuto e che potea esser ammesso al fallimento. Chi non vi si sottomette può essere punito per disprezzo alle decisioni della Corte *(contempt of court)*. Se per l'esecuzione del concordato i creditori avessero designato un amministratore questi è investito dei poteri che appartengono al curatore del fallimento. — In caso di inadempimento degli obblighi del concordato o dell'accordo speciale la Corte può, a richiesta di qualunque creditore, pronunciare l'annullamento e dichiarare il fallimento.

**10.** Nella *Spagna*, secondo il Salgado (*Labyr. credit*, part II, capo XXX) la moratoria era regolata dalle norme del diritto romano; il Codice di commercio del 1829 non

conteneva alcuna disposizione circa la moratoria; però la legge civile del 1855 sul *concurso de accreedores* contiene qualche cosa di simile pei non commercianti (De Montluc, *Revue de dr. intern.*, I, pag. 589). — Il Codice di commercio del 1885 ammette che prima del fallimento *(quiebra)* possa il debitore attraversare uno stato di sospensione dei pagamenti *(suspension de pagos)*, dichiarata la quale, egli ha un termine di dieci giorni per presentare ai creditori un progetto di concordato *(convenio)* sul quale i creditori deliberano (art. 872). Le norme sulla maggioranza, sulla procedura e sugli effetti del concordato nulla presentano di diverso da quelle che riflettono il concordato in fallimento (art. 898-907). Se il progetto non è accettato, ognuno riprende la propria libertà d'azione (art. 873).

**11**. In *Portogallo* la procedura pel concordato preventivo è semplicissima. Il Codice di commercio del 1888 cogli articoli 731 e seg., sostituendo alla moratoria, regolata dal Codice precedente (art. 900-923) il concordato preventivo, non richiede forme diverse da quelle degli atti autentici; si limita soltanto a richiedere certe maggioranze e l'omologazione del tribunale (art. 731). Dev'essere pubblicato avviso che invita i creditori ignoti o dissidenti a fare, se credono, opposizione contro il concordato entro trenta giorni (art. 732); sulle quali opposizioni decide il tribunale, sentito il pubblico ministero (art. 733).

**12**. La moratoria è ammessa dai Codici dell'*Uruguay* (art. 1748-1768), del *Brasile* (art. 898-906) e di *Buenos-Ayres* (art. 1728-1748).

**13**. La *Svizzera*, nel cantone di Neuchâtel, secondo la legge del 20 novembre 1885, ha una specie di concordato preventivo. Ogni commerciante può, per evitare il fallimento,

ottenere dal Presidente del tribunale del distretto un termine di due mesi allo scopo di proporre un concordato ai suoi creditori. Questa concessione sospende le esecuzioni individuali, ed entro il primo mese deve esser fatta la proposta di concordato. Se non vien fatta la proposta o se non è accettata od omologata, il fallimento del debitore è dichiarato di pien diritto. Durante il termine il debitore non può agire che col consenso dei commissari designati dal presidente del tribunale. L'omologazione lo rende obbligatorio per tutti i creditori, ma non diventa esecutivo, se non dopo che il debitore abbia pagati i creditori privilegiati ed i debiti nati dall'amministrazione dei commissari. — Il concordato può esser annullato per dolo o risolto per inadempimento.

La recente legge svizzera dell'11 aprile 1889 sulle esecuzioni e sul fallimento, entrata in vigore il 1° gennaio 1892, regola la definizione amichevole tra il debitore ed i creditori, che può aver luogo sotto la vigilanza del giudice, ma non ammette questo beneficio se non a favore di coloro, che alle prime avvisaglie dell'imbarazzo, prendono l'iniziativa allo scopo di evitare le esecuzioni individuali; la legge svizzera ammette che la maggioranza si imponga alla minoranza ed esige l'omologazione, per la quale si richiede che il debitore presenti requisiti d'onestà e non abbia commessi atti sconsiderati, che l'offerta fatta ai creditori sia proporzionata ai suoi mezzi, che si tenga conto delle eventualità ereditarie, e che le obbligazioni assunte col concordato siano sufficientemente assicurate. Avvertasi però che, in Isvizzera, il fallimento non viene dichiarato che a carico di coloro che o per disposizione di legge o spontaneamente furono inscritti nel registro di commercio, e che perciò la

definizione amichevole può essere richiesta anche dai non commercianti.

**14**. In *Olanda,* sotto il regno di Luigi Napoleone, fu di nuovo riconosciuto che il diritto di accordare dilazioni ad un debitore infelice non potesse competere al potere sovrano; quindi fu riservata questa facoltà ai tribunali ordinari sulla relazione dei quali pronunziava poi definitivamente l'alta Corte (*Codice di instituzioni giudiziarie e di procedura del 1809,* art. 115-117 e 761-764). Incorporata però l'Olanda all'impero francese le moratorie, ivi, come in Francia, furono abolite; ma, ristaurata la Casa d'Orléans, e staccatasi completamente dalla Francia, per decreto del novembre e del gennaio 1814 furono ristabilite le moratorie, restituendole però al potere sovrano, il quale doveva soltanto accordarle in seguito ad avvenimenti straordinari e dopo aver sentito l'avviso della Corte Superiore. Questa instituzione, radicatasi nelle consuetudini di quella nazione, non fu più abolita; ed anzi con particolare sollecitudine attuata in quel Regno col Codice del 1° ottobre 1838, ancora in vigore, e regolata in forma più consona ai principii economici-giuridici moderni, deferendo all'autorità giudiziaria il compito di accordare le moratorie, dietro condizioni speciali ad alcune cautele dirette ad evitare gli abusi.

**15**. Nel *Gran Ducato di Lussemburgo* una legge del 14 aprile 1886 introdusse il concordato preventivo. Questa legge è copia quasi letterale di quella del Belgio del 1883, della quale avremo da occuparci dettagliatamente in seguito, colle sole differenze che lo stesso procuratore non può rappresentare nell'assemblea più di cinque creditori e che il pubblico ministero dà le sue conclusioni sull'omologazione del concordato.

**16.** Del *Belgio* dobbiamo occuparci con maggior dettaglio. La legge sui fallimenti del 18 aprile 1851, dopo aver dettate le norme relative all'assemblea dei creditori, alla formazione, all'annullamento ed alla risoluzione del concordato (art. 509-527), provvede, nel titolo IV, col *sursis de payement,* alla moratoria (art. 593-614) e, con altra legge speciale, provvede ai concordati preventivi.

*Il sursis de payement* non è accordato che al commerciante, che, in seguito ad avvenimenti straordinari od imprevisti, sia costretto a cessare temporariamente i suoi pagamenti, ma che, secondo il suo bilancio debitamente verificato, abbia beni o mezzi sufficienti per soddisfare tutti i suoi creditori in capitale ed interessi. Per le stesse cause e colle stesse condizioni, in caso di morte del commerciante, il *sursis* pel pagamento dei suoi debiti può esser concesso agli eredi beneficiari di lui (art. 593). Il debitore simultaneamente deve presentare ricorso al tribunale di commercio del circondario dov'è domiciliato ed alla corte d'appello, esponendo gli avvenimenti sui quali egli fonda la sua domanda, lo stato dettagliato ed estimativo del suo attivo e del suo passivo e la lista nominativa dei suoi creditori, coll'indicazione del loro domicilio e dell'ammontare dei loro crediti. — Il ricorso, presentato alla Corte d'appello, deve essere comunicato dal primo presidente al procuratore generale e dev'essere sottoscritto da un procuratore esercente avanti la stessa Corte (art. 594). Il ricorso diretto al Tribunale di commercio vien rimesso al cancelliere, che ne dà ricevuta senza redigere atto di deposito. Su questo ricorso il Presidente fissa il luogo, il giorno e l'ora, nei quali, durante la quindicina, i creditori saranno convocati ed indica i giornali nei quali, oltrecchè nel *Moniteur belge,* la

convocazione debba essere inserita. Il Tribunale convocato, ove occorra straordinariamente, nomina uno o più periti che procedono alla verificazione dello stato degli affari del debitore, e delega uno dei suoi giudici per sorvegliarne le operazioni. Il Tribunale può, sia immediatamente, sia nel corso dell'istruttoria, accordare al debitore un *sursis* provvisorio. In questo caso il Tribunale nomina uno o più commissari, incaricati di sorvegliare e di controllare le operazioni del debitore per tutta la durata della dilazione (articolo 595). I creditori sono individualmente convocati dal giudice delegato con lettere raccomandate, impostate otto giorni almeno prima di quello fissato per la riunione; la convocazione è inoltre inserita a tre riprese differenti nel *Moniteur belge* e nei giornali indicati dal giudice delegato. Un esemplare dei giornali, nei quali la convocazione viene inserita, dev'essere depositato in cancelleria prima della riunione. Il debitore deve depositare la somma presunta necessaria per coprire le spese di queste convocazioni ed inserzioni nelle mani del cancelliere, per cura del quale esse saranno fatte (art. 596). Nel giorno indicato, il giudice delegato fa il suo rapporto al tribunale in presenza dei creditori o dei loro procuratori. I creditori od i loro procuratori sono sentiti in contraddittorio col debitore; essi devono dichiarare individualmente l'ammontare dei loro crediti e se aderiscano o non aderiscano alla domanda. Di tutto si estende processo verbale, al quale vengono annessi i documenti prodotti, tanto dai creditori, che dal debitore. Il tribunale vi aggiunge il suo parere motivato (art. 597). Il parere del tribunale e tutti i documenti relativi alla domanda sono trasmessi entro tre giorni al procuratore generale presso la Corte d'appello, che li sottopone colle sue

conclusioni al primo presidente; questi delega un consigliere, sulla relazione del quale la Corte statuisce negli otto giorni dal ricevimento dei documenti (art. 598). La Corte non può accordare dilazioni, neppur quando l'attivo basti a coprire il passivo, se la maggioranza dei creditori rappresentanti, coi loro crediti, tre quarti di tutte le somme dovute, non abbia aderito espressamente alla domanda. Le maggioranze di numero dei creditori e dei crediti si determinano senza contare i crediti e le persone non comparse, la cui residenza all'estero fosse troppo lontana dal luogo della riunione, a menocchè essi potessero intervenire e farsi rappresentare nel giorno fissato. Non son compresi neppure i crediti dichiarati privilegiati dall'art. 605, nè le persone alle quali spettano questi crediti (art. 599). La Corte, accordando una dilazione, ne fissa la durata, che non può eccedere dodici mesi. Essa nomina uno o più commissari incaricati di sorvegliare e controllare le operazioni del debitore per tutta la durata della dilazione. La dilazione può essere prolungata. Nessuna proroga può essere accordata per più di dodici mesi. Il beneficio delle dilazioni provvisorie e definitive non può esistere per più di due anni a profitto del medesimo debitore. Nondimeno può esser accordata un'ultima proroga, di un anno al più, al debitore che giustificherà di aver liquidato, durante le dilazioni precedenti, almeno il sessanta per cento del suo passivo. Ogni prolungamento di dilazione dev'essere preceduto da un'informazione fatta nel modo suddetto e prescritto dagli articoli 594 e segg. Il rigetto della domanda importa di pien diritto, la revocazione della dilazione provvisoria. Il beneficio della dilazione non passa agli eredi del debitore, al quale è stata accordata, salvo il caso dell'accettazione con beneficio d'in-

ventario (art. 600). L'ordinanza, che avesse accordata una dilazione provvisoria, o la sentenza, che avesse accordata una dilazione definitiva od un prolungamento della dilazione, viene, a cura dei commissari sorveglianti, e nei tre giorni dalla sua data, affisso nella sala di udienza del tribunale di commercio e pubblicato nel *Moniteur belge* e nei giornali designati dal presidente in virtù dell'art. 595 (art. 601). I periti verificatori ed i commissari-sorveglianti sono scelti tra le persone domiciliate nel circondario. Prima d'entrare in funzione i periti verificatori prestano, nelle mani del giudice delegato, giuramento di adempiere bene e fedelmente la loro missione. I commissari sorveglianti prestano lo stesso giuramento nelle mani del presidente del tribunale di commercio. I loro onorari sono tassati dal tribunale secondo la natura ed importanza degli affari del debitore. Per gli esborsi son pagati con privilegio. I creditori del debitore, che fossero stati nominati commissari, non hanno diritto ad onorari (art. 602). Il pagamento dei crediti esistenti al momento della domanda non può esser effettuato, durante la dilazione, che a tutti i creditori in proporzione ai loro crediti. Alle contestazioni dei crediti si provvede come se il debitore fosse dichiarato fallito. Il debitore non può, senza l'autorizzazione dei commissari sorveglianti, alienare, vincolare o ipotecare i suoi beni mobili od immobili, stare in giudizio, transigere, prender a prestito, ricevere alcuna somma, fare alcun pagamento, nè fare alcun atto di amministrazione. In caso di opposizione decide il tribunale di commercio (art. 603). Durante la dilazione nessun atto di esecuzione può effettuarsi contro la persona od i beni del debitore. L'arresto personale od i sequestri praticati prima della dilazione rimarranno fermi, ma il Tribunale potrà, a

seconda delle circostanze, accordare la liberazione, dopo aver sentito il debitore, il creditore ed i commissari-sorveglianti. La dilazione non sospende il corso delle azioni intentate nè l'esercizio di nuove azioni contro il debitore, a menocchè queste azioni non abbiano per oggetto la domanda di pagamento di un debito non contestato. Tuttavia non si può durante la dilazione provvisoria o definitiva, inscrivere ipoteche sugli immobili del debitore, in virtù di giudicati emessi durante gli stessi periodi (art. 604). — Il *sursis* non si applica alle obbligazioni contratte prima di ottenerlo. Non profitta punto ai condebitori, nè ai garanti che hanno rinunciato al beneficio dell'escussione. È senza effetto relativamente: 1° alle imposte e ad altre pubbliche gravezze, e così alle contribuzioni per le dighe e pianure; 2° ai crediti garantiti da privilegio, ipoteca o pegno; 3° ai crediti per alimenti; 4° alle forniture di sussistenze fatte al debitore ed alla sua famiglia durante i sei mesi che hanno preceduto il *sursis* (art. 605). — I creditori ipotecari o privilegiati non possono, durante la dilazione, procedere al sequestro ed alla vendita degli immobili e dei loro accessori necessari all'esercizio della professione o dell'industria del debitore, purchè gli interessi correnti dei crediti garantiti sieno esattamente pagati (art. 606). La revocazione della dilazione può essere domandata da uno o più creditori o dai commissari sorveglianti, se il debitore si è reso colpevole di dolo o di mala fede, se ha contravvenuto alle proibizioni sopra indicate dall' art. 603, o se apparisce che il suo attivo più non offra risorse sufficienti per pagare integralmente tutti i suoi debiti. La domanda di rivocazione è diretta al tribunale di commercio, che, dopo aver sentito il debitore, decide, se si tratta di dilazione provvisoria, o

emette il suo parere, se si tratta di dilazione definitiva. Ogni sentenza od ordinanza revocante la dilazione è pubblicata ed affissa nel modo e nei luoghi suindicati (art. 607). Ogni richiesta per ritirare una domanda di dilazione deve essere diretta tanto alla Corte d'appello che al tribunale di commercio. Se ne dà atto sulla produzione della prova che un avviso annunciante la presentazione della domanda per ritirare la istanza fu pubblicato preventivamente nella forma prescritta dal suesposto art. 595 (art. 608). L'ordinanza, che accorda, rifiuta o revoca un *sursis* provvisorio, non è suscettibile nè d'opposizione, nè di appello. Il debitore può tuttavia far opposizione all'ordinanza che revoca il *sursis* provvisorio, se, per legittimo impedimento, egli non sia stato sentito. Le sentenze rese in materia di *sursis* possono essere deferite alla Corte di cassazione (art. 609). Tutti gli atti e documenti tendenti ad illuminare il tribunale e la Corte sulle domande di dilazioni possono essere prodotti o depositati dal debitore, dai creditori o dai commissari sorveglianti, senza che sia necessaria la formalità preventiva del bollo e registro (art. 610). Però colle successive leggi del 14 agosto 1857 (art. 4), del 28 luglio 1879 e del 25 marzo 1891 (art. 30-62, 67-70 e 81) anche in Belgio, come in Italia, queste esenzioni furono rese praticamente illusorie. — Il debitore è punito come bancarottiere: 1° se per indurre o facilitare la concessione della dilazione egli abbia in modo qualsiasi, volontariamente dissimulato una parte del suo passivo o esagerato il suo attivo; 2° se ha fatto o lasciato intervenire alle deliberazioni relative alla domanda di dilazione uno o più creditori supposti o i di cui crediti, in ragione dei quali avessero preso parte alle deliberazioni, fossero stati esagerati (art. 611). Sono puniti colla stessa pena

coloro che, senza essere creditori, abbiano preso parte alle deliberazioni relative alla domanda di dilazione, o che, essendo creditori, abbiano fraudolentemente esagerato i crediti, in ragione dei quali fossero concorsi in queste deliberazioni (art. 612). In caso di fallimento del debitore, nei sei mesi che seguono l'espiro della dilazione, l'epoca della cessazione dei pagamenti rimonta di pien diritto al giorno della domanda della dilazione; e sono nulli e di nessun effetto tutti gli atti fatti del debitore, senza l'autorizzazione dei commissari-sorveglianti, nel caso in cui questa autorizzazione sia richiesta (art. 613). La dilazione al pagamento può esser accordata ai proprietari di stabilimenti industriali, che non sieno ritenuti dalla legge commercianti. A questo *sursis* sono applicabili tutte le precedenti disposizioni, meno quella della retrodatazione. Se, allo spirare di questa dilazione, vi ha insolvibilità o cessione di beni, le ipoteche prese in virtù di giudicati emanati durante il suo termine, e così tutti gli atti fatti dal debitore senza l'autorizzazione dei commissari-sorveglianti, nel caso che questa autorizzazione sia richiesta, sono nulli e di nessun effetto.

Quanto ai *concordati preventivi* la legge belga del 20 giugno 1883 prescriveva le forme e le condizioni alle quali il concordato preventivo coi creditori doveva rispondere all'effetto di poter evitare la dichiarazione di fallimento. Questa legge, i cui effetti dovevano durare fino al 1° gennaio 1886 fu prolungata fino al 1° luglio 1887 ed abrogata dalla successiva legge 29 giugno 1887.

Quest'ultima stabilisce: che il debitore commerciale potrà evitare la dichiarazione di fallimento, se ottiene dai suoi creditori un concordato preventivo nelle forme e condizioni seguenti. Questo concordato può essere accordato anche dopo

la morte del debitore (art. 1); questo concordato non ha luogo se la maggioranza dei creditori, rappresentanti coi loro crediti non contestati o ammessi provvisoriamente conformemente all'art. 6 i tre quarti delle somme dovute, non abbia aderito espressamente alla domanda. Pel calcolo della maggioranza in numero, se esistono delle obbligazioni al portatore, non saranno calcolati in ciò che le concerne, che i creditori i cui titoli siano stati prodotti di conformità agli articoli seguenti 9 e 14. Il concordato non ha effetto che coll'omologazione del tribunale di commercio. La omologazione non viene accordata che in favore del debitore disgraziato e di buona fede (art. 2); — il debitore dirige il suo ricorso al tribunale di commercio del suo domicilio, aggiungendovi: 1° l'esposizione dei motivi sui quali egli fonda la sua domanda; 2° lo stato dettagliato ed estimativo del suo attivo e l'indicazione dell'ammontare del suo passivo; 3° la lista nominativa dei suoi creditori, riconosciuti o pretesi, coll'indicazione del loro domicilio e dell'ammontare dei loro crediti; 4° le proposte di concordato. Egli deve depositare la somma presunta necessaria per coprire le spese della procedura diretta al fine di ottenere il concordato (art. 3); — il ricorso viene rimesso alla cancelleria e inserito in un registro speciale; il cancelllere ne dà ricevuta senza spese e senza altre formalità. — Egli deve dare avviso del ricorso nelle 24 ore al procuratore del re, che può assistere a tutte le operazioni del concordato, prender conoscenza dei libri e verificare in ogni tempo lo stato degli affari del debitore (art. 4); — il tribunale, riunito in camera di consiglio, prima di esaminare se sia il caso di dar corso alla domanda, delega uno dei suoi giudici per verificare la situazione del debitore e fargli la relazione in breve ter-

mine, di modo ch'egli possa statuire al più tardi entro otto giorni. Se il tribunale ritiene che la procedura per ottenere il concordato possa essere proseguita, designa il luogo, il giorno e l'ora nei quali i creditori saranno convocati ed indica uno o più giornali oltre il *Moniteur belge,* nei quali, nei tre giorni, sarà inserita la convocazione. Il tribunale delega uno dei suoi giudici per presiedere l'assemblea dei creditori e sorvegliare le operazioni del concordato. La decisione del tribunale delegante uno dei suoi giudici per verificare la situazione del debitore, implica di pien diritto, a vantaggio di quest'ultimo una dilazione provvisoria a tutti gli atti ulteriori di esecuzione. La dilazione provvisoria non profitta punto ai condebitori, nè ai garanti, che hanno rinunciato al beneficio di escussione (art. 5); — il debitore non può, durante la procedura per ottenere il concordato, alienare, ipotecare od obbligarsi senza autorizzazione del giudice delegato (art. 6); — il giudice delegato può, sia immediatamente e prima della sua relazione al tribunale, sia nel corso dell'istruzione, nominare uno o più periti, che dopo aver prestato nelle sue mani giuramento di adempier bene e fedelmente la loro missione, procederanno alla verificazione dello stato degli affari del debitore. I loro onorari vengono tassati dal tribunale, e, come gli esborsi, sono pagati con privilegio (art. 7); — il giudice deiegato convoca i creditori individualmente con lettere raccomandate alla posta otto giorni almeno prima di quello fissato per l'assemblea. Queste lettere devono contenere le proposte di concordato e menzionare il testo dell'art. 10. I creditori abitanti fuori del paese possono essere convocati con telegrammi raccomandati, indicanti l'oggetto della riunione, senza che occorra inserirvi le dette proposte. Un esemplare

debitamente legalizzato dei giornali nei quali la convocazione sarà stata inserita e così la minuta della lettera e del telegramma diretto ai creditori ed i bollettini di raccomandazione devono essere depositati in cancelleria prima della riunione dei creditori (art. 8); — nel giorno fissato per l'assemblea dei creditori il giudice delegato fa una relazione sullo stato degli affari del debitore. Questi od un suo procuratore in suo nome formula le sue proposte; i creditori in persona o a mezzo di procuratore fanno in iscritto la dichiarazione dell'ammontare dei loro crediti e se aderiscono o no al concordato. Sono ammessi a fare le loro dichiarazioni coloro che pretendessero essere creditori anche se non fossero stati convocati. Ogni dichiarazione di credito può essere contestata, sia dal debitore, sia dai creditori. Prima che si proceda al voto il giudice delegato deve dare lettura del seguente art. 10 (art. 9); — i creditori ipotecari o privilegiati o muniti di pegno non hanno voto deliberativo nelle operazioni relative al concordato, per i loro crediti a menocchè non rinuncino alle loro ipoteche, privilegi o pegni. Il voto al concordato importa di pieno diritto questa rinuncia; essa resta senza effetto se il concordato non è ammesso. Questi creditori possono tuttavia votare il concordato senza rinunciare ai loro privilegi, ipoteche o pegni per una quota dei loro crediti equivalente almeno alla metà; in questo caso questi crediti non saranno calcolati che per questa quota, nelle operazioni relative al concordato (art. 10); — il giudice delegato ha facoltà di prorogare la deliberazione dei creditori; e può anche aggiornarla per modo ch' essa abbia luogo al più tardi nella quindicina, a partire dal giorno dell' aggiornamento. Ne viene fatta menzione nel processo verbale. In

caso di aggiornamento i creditori sono convocati di nuovo, com'è detto negli art. 5 e 8 (art. 11); — il processo verbale, col quale avrà luogo la deliberazione deve contenere: 1° la lista dei creditori comparsi in seguito a convocazione o spontaneamente, coll'indicazione dell'ammontare e della natura dei loro crediti; 2° le contestazioni che si saranno sollevate, specialmente in ciò che concerne la realtà e l'ammontare dei crediti; 3° le proposte definitive del debitore; 4° il risultato del voto su queste proposte e l'adempimento delle formalità prescritte dal § 4 dell'art. 9; 5° il giorno nel quale il giudice delegato farà la sua relazione al tribunale ed in cui il tribunale sarà chiamato a statuire sulle contestazioni e sull'omologazione. Questo processo verbale deve essere, a pena di nullità, sottoscritto seduta stante. I documenti prodotti tanto dal debitore che dai creditori vi saranno annessi (art. 12); — ed il processo verbale dell'assemblea dei creditori, redatto in esecuzione dell'art. 12 ed i documenti annessi devono essere immediatamente depositati in cancelleria per l'ispezione degli interessati (art. 13); — durante gli otto giorni successivi all'assemblea, ogni credito può essere insinuato alla cancelleria coi documenti che lo appoggiano, dai creditori menzionati sulla lista rimessa dal debitore al tribunale, di conformità all'art. 3. I creditori che non figurano nella predetta lista e che non si saranno presentati volontariamente all'assemblea potranno egualmente produrre in cancelleria ogni credito, quando sia documentato da titolo autentico o privato. I documenti giustificativi devono essere aggiunti alla posizione. La produzione di un nuovo credito è accompagnata dall'accettazione o dal rifiuto del concordato (art. 14); — al giorno fissato in conformità all'art. 12 N. 5, il giu-

dice delegato fa la sua relazione in udienza pubblica del tribunale: i creditori ed il debitore o i loro procuratori sono sentiti ed il tribunale statuisce in seguito con un solo giudicato sulle contestazioni e sull'omologazione (art. 15); — la decisione del tribunale, in ciò che concerne i crediti contestati, non riflette il merito della contestazione, ma unicamente l'ammissibilità dei creditori contestati per la totalità o per parte dei loro crediti nelle deliberazioni per la formazione del concordato (art. 16); — in caso di inosservanza delle prescrizioni suddette, od allorchè motivi di interesse pubblico o di interesse dei creditori sembrassero di natura tale da impedire il concordato preventivo, il tribunale ne rifiuterà l'omologazione (art. 17), — se durante il corso della procedura della domanda di concordato il tribunale acquista il convincimento che il debitore non è disgraziato e di buona fede, può, in ogni momento, dichiararlo in istato di fallimento (art. 18); — il giudicato, che avrà statuîto sull'omologazione del concordato, a diligenza del giudice delegato e nei tre giorni dalla sua data, viene affisso nella sala d' udienza del tribunale di commercio e pubblicato per estratto nei giornali indicati all' art. 5 (art. 19); — questo giudicato non è suscettibile di opposizione, salvo che da parte dei creditori che non fossero stati convocati, che non si fossero presentati volontariamente all'assemblea dei creditori o che non avessero fatto uso del diritto indicato nell' art. 14. Questa opposizione, che non sospende l'esecuzione, sarà motivata, e dovrà essere notificata al debitore negli otto giorni a partire da quello della pubblicazione nei giornali, con citazione a comparire avanti il tribunale di commercio. Il termine a comparire non può essere che di un giorno libero; il tribunale decide, prima

di tutte le altre cause. Il giudizio di omologazione non può essere rinviato che solo quando il tribunale constati la mala fede del debitore (art. 20); — l'appello può essere interposto dal debitore e dai creditori che non sieno stati convocati o che abbiano votato contro il concordato o quelli i cui crediti sieno stati rigettati in tutto od in parte. L'appello non è sospensivo. Il termine per appellare è di otto giorni; decorre riguardo ai creditori, a datare dalle pubblicazioni prescritte dall'art. 19, e, a riguardo del debitore, dalla pronuncia del giudicato. L'appello vien fatto con dichiarazione alla cancelleria del tribunale di commercio, inscritta in un registro speciale; copia di questa dichiarazione, certificata dal cancelliere, dev'essere da questi inviata, con tutta la posizione, nelle 48 ore, alla cancelleria della Corte d'appello. L'appello interposto dai creditori dev'essere inoltre notificato al debitore, con citazione a comparire avanti la Corte in un termine che non dovrà essere che di quattro giorni liberi. La causa vien fissata per una delle più prossime udienze della Corte; questa decide prima di tutte le altre cause; dev'essere sentito il pubblico ministero; e tutti i creditori, che avessero fatto valere i loro diritti, possono intervenire; l'intervento si fa con semplice ricorso notificato al procuratore dell'appellante; esso non può ritardare le discussioni. La decisione della Corte sarà affissa e pubblicata di conformità alle prescrizioni dell'art. 19 (art. 21); — le sentenze, che avranno statuito sull'omologazione del concordato, possono essere deferite alla Corte di cassazione. Il ricorso deve essere presentato negli otto giorni a partire dall'affissione e dalla pubblicazione nei giornali della sentenza della Corte d'appello (art. 22); — l'omologazione del concordato lo rende

obbligatorio per tutti i creditori; esso non si applica che alle obbligazioni contratte prima che si sia ottenuto. Quando vi sieno crediti contestati si procede per l'applicazione dei patti concordati, com'è detto all'art. 562 della legge 18 aprile 1851, e cioè mettendo in deposito la ripartizione corrispondente al credito portato dal bilancio o dichiarato ed affermato, salvo al giudice delegato la facoltà di aumentare l'importo da depositarsi. Il concordato preventivo non profitta ai condebitori nè ai garanti che hanno rinunciato al beneficio di escussione. È senza effetto relativamente: 1° alle imposte ed altre pubbliche gravezze, ed alle contribuzioni per le dighe e pianure; 2° ai crediti garantiti da privilegi, ipoteche o pegno; 3° ai crediti per cause alimentari (art. 24); — in caso di concordato per abbandono di attivo, i creditori devono designare nel concordato, una o più persone incaricate di realizzare il patrimonio del debitore sotto la sorveglianza del giudice delegato. Questi determina il modo e le condizioni della vendita delle merci e degli effetti mobili senza dover attenersi alle disposizioni della legge del 20 maggio 1846 sulla vendita in dettaglio delle merci all'asta pubblica. Se i creditori non avessero provveduto alla nomina dei liquidatori, questi sono designati dal tribunale di commercio sia nel giudizio di omologazione, sia in un giudizio successivo provocato su richiesta della parte più diligente. La scelta dei creditori o del tribunale può cadere sullo stesso debitore. Gli onorari dei liquidatori vengono tassati dal tribunale e pagati come gli esborsi con privilegio (art. 24); — colui che ha ottenuto il concordato è tenuto in caso di ritorno a miglior fortuna a pagare integralmente i suoi creditori (art. 25); — i garanti e tutti i creditori legati dal concor-

dato possono domandarne l'annullamento in seguito a condanna per bancarotta semplice o fraudolenta, intervenuta dopo l'omologazione e risultante o dalla dissimulazione dell'attivo o dalla esagerazione del passivo. Il tribunale, in questi due casi, può anche, sulla relazione del giudice delegato e dopo aver sentito il debitore ed i garanti, oppure chiamati questi debitamente, pronunziare la risoluzione del concordato e dichiarare il fallimento. L'annullamento del concordato libera di pien diritto i garanti (art. 26); — in caso di inesecuzione del concordato la risoluzione può essere chiesta di fronte ai garanti che vi sieno intervenuti per garantirne l'esecuzione totale o parziale, o chiamativi debitamente. La risoluzione del concordato non libera questi garanti (art. 27); — ogni tre mesi almeno ed ogni volta che il tribunale lo ordini il giudice delegato è obbligato ad esaminare lo stato degli affari del debitore concordatario facendosi assistere, se lo creda utile, da periti in conformità all'art. 7. Il giudice delegato ne fa rapporto al tribunale, che dopo aver sentito il debitore ed i garanti, oppure chiamati questi debitamente, può pronunziare la risoluzione del concordato e dichiarare il fallimento (art. 28): — in caso di fallimento del debitore nei sei mesi che seguono la risoluzione del concordato, l'epoca della cessazione dei pagamenti può essere riportata al giorno in cui il concordato è stato domandato. Sono nulli e senza effetto tutti gli atti fatti dal debitore senza l'autorizzazione del giudice delegato, nei casi nei quali questa autorizzazione è richiesta (art. 29); — si applicano agli atti prodotti in giudizio o eretti in esecuzione a questa legge tutte le disposizioni in materia di bollo e registro applicabili in materia di fallimento ed ai *sursis de payement* (art. 30); — il debitore è

condannato alla stessa pena del bancarottiere semplice: 1° se per determinare o facilitare la concessione del concordato egli in qualunque maniera avesse dissimulato volontariamente una parte del suo attivo; 2° se ha fatto o lasciato scientemente intervenire alle deliberazioni uno o più creditori supposti o i cui crediti fossero stati esagerati; 3° se ha fatto scientemente una o più omissioni nella lista dei suoi creditori (art. 31); — sono condannati ad una ammenda da cento a tremila franchi coloro, che fraudolentemente avessero preso parte, senza essere creditori, alle deliberazioni del concordato, oppure se, essendo creditori, avessero esagerato i loro crediti e quelli che col debitore o con altre persone avessero stipulato particolari vantaggi in ragione del loro voto nelle deliberazioni del concordato o avessero fatto un convegno particolare dal quale risultasse in loro favore un vantaggio a carico dell'attivo del debitore (art. 32); — finalmente si stabilisce che il concordato preventivo conserva non solo il diritto all'elettorato, ma anche l'eleggibilità politica.

**17.** In *Francia* la questione della moratoria fu ripetutamente risollevata; e, mentre gli avvenimenti politici fecero sì che più di una volta si ricorresse a questo istituto, come ad un bene, in altri tempi fu ritenuto ingiusto ed inammissibile. Anche in Francia però, come vedremo, finì per trionfare il principio che tra la solvibilità ed il fallimento devesi creare legalmente uno stato intermedio che offra regole e garanzie, e che si sostituisca alle private convenzioni.

La rivoluzione francese del febbraio 1848 avea gettato tale turbamento nel commercio che si credette di dover allora autorizzare la giustizia ad attenuare in favore dei negozianti disgraziati le conseguenze annesse dalla legge

alla qualificazione di fallito. Da ciò il decreto del 22 agosto 1848 sui concordati amichevoli. Fino dal 19 marzo 1848 il governo provvisorio francese avea preso in considerazione la posizione critica del commercio ed avea abilitato provvisoriamente i tribunali di commercio ad accordare, con decisione inappellabile e su semplice ricorso, ad ogni negoziante una sospensione o dilazione *(sursis)* di tre mesi al massimo per proteggerlo contro le persecuzioni dei suoi creditori. La dilazione, che poteva essere revocata su domanda di qualunque interessato, non poteva essere accordata che alle condizioni seguenti: 1° che il giudice nominasse tra i creditori uno o più commissari revocabili dal tribunale; 2° che i commissari facessero nell' interesse dei creditori tutti gli atti utili anche in giustizia, senza che perciò potessero continuare il commercio del debitore, e tutti gli atti eccedenti l'amministrazione, senza esservi autorizzati dal tribunale; 3° che, durante la dilazione giudiziaria, nessun creditore potesse essere pagato o preferito a pregiudizio degli altri; 4° che le ripartizioni dovessero essere fatte senza spese dal tribunale o da uno dei suoi membri delegato nella sentenza, su uno stato presentato ogni dieci giorni da uno dei commissari; 5° che le diverse disposizioni della legge 28 maggio 1838 concernenti la rivendicazione, l'esigibilità dei crediti non scaduti riguardo al debitore in moratoria, la validità degli atti, i pagamenti e le compensazioni, i privilegi e le ipoteche continuassero ad esser applicabili. A termini dell'art. 7 le azioni dei creditori contro gli associati dovevano essere intentate direttamente dai commissari avanti il tribunale di commercio, riservata in tutti i casi al creditore la facoltà di intervenire per la conservazione dei suoi diritti, senz' altre spese

che quelle della domanda o dell'atto di intervento, restando le altre a carico del debitore. Per evitare gli abusi che in pratica si lamentavano, il decreto del 22 agosto 1848 stabiliva invece che le cessazioni o sospensioni di pagamenti, quantunque costituenti lo stato di fallimento, non fossero così qualificate e non ne producessero gli effetti che nel solo caso in cui il tribunale di commercio avesse rifiutato l'omologazione del concordato amichevole o che, omologandolo, non dichiarasse liberato il debitore da cotesta qualificazione. E nel 2° articolo di questo decreto si stabiliva che il tribunale di commercio, nel caso di concordato amichevole fra il debitore e la metà dei suoi creditori rappresentanti i tre quarti della somma, avesse facoltà di dispensare il debitore dall'apposizione dei suggelli e dall'inventario giudiziale. Aggiungeva il decreto stesso che in questo caso il debitore conserverà l'amministrazione dei suoi affari e procederà alla loro liquidazione in concorso coi sindaci regolarmente nominati e sotto la sorveglianza di un giudice delegato, ma senza poter creare nuovi debiti. Si statuiva inoltre che fossero applicabili tutte le disposizioni del Codice di commercio relative alla verificazione dei crediti, al concordato, alle operazioni che li precedono ed alle conseguenze del fallimento non contemplate dal decreto stesso. Un anno dopo, e cioè colla legge 12 novembre 1849, si statuiva che nessun negoziante in istato di cessazione di pagamenti potesse reclamare il beneficio del decreto 22 agosto 1849 e che le disposizioni del Codice di commercio sui fallimenti e le bancherotte riprendessero tutto il loro impero. Nel 1870 la condizione di una parte del territorio francese in ragione della guerra colla Germania richiamò l'attenzione del Corpo legislativo. La vita commerciale in

più luoghi erasi arrestata, impossibili eransi rese le transazioni. Ciò non ostante, non si accettò la proposta fatta di prorogare di un mese le scadenze, poichè si ritenne che in tal guisa si sarebbero soppressi tutti gli incassi e, sopprimendo gli incassi, si sarebbe reso impossibile ogni pagamento, si sarebbe arrestata completamente la vita commerciale e si sarebbe tolta agli industriali la possibilità di continuare le fabbricazioni e di provvedere di lavoro gli operai. Cogli incassi si sarebbero soppressi anche i conti correnti ed i depositi; ed il banchiere, che, per mezzo dei depositi che a lui vengono fatti è il cassiere degli industriali, privato degli incassi, sarebbe stato posto nella necessità di non eseguire le sue obbligazioni. Si considerò altresì che la Francia doveva continuare nell'esatto adempimento delle sue obbligazioni, se non altro per poter far fronte agli impegni contratti coll'estero. Si ritenne perciò sufficiente di accordare per tutti gli effetti di commercio il termine di un mese, durante il quale per la legge 13-14 agosto 1870 nessun protesto poteva esser fatto nè alcuna azione potea essere esercitata pel rimborso contro i giratari e gli altri obbligati. Considerando il protesto come un atto ledente l'onore commerciale si volle proscriverlo, considerando i sottoscrittori come vittime di disgraziati avvenimenti o costretti ad abbandonare gli affari per difendere la patria. Anzi, quanto ai cittadini chiamati al servizio militare, la Repubblica, imitando quanto avea fatto Luigi XIV per i suoi ufficiali, ordinò, colla detta legge del 13-14 agosto 1870, che nessuna azione potesse esser intentata in loro confronto, finchè durasse la guerra. Colla legge del 10-14 settembre 1870 il termine fu prorogato di altri trenta giorni; poi con altre successive leggi dell'11-13 ottobre 1870,

del 10-13 novembre e del 12-14 dicembre 1870, fu differito di mese in mese fino al 15 gennaio 1871, rendendo retroattiva la legge. Però con decreto 3-11 ottobre 1870 si dichiarò che quelle proroghe non sarebbero applicabili agli effetti di commercio creati dopo il 14 ottobre. Col decreto 5-18 novembre 1870 si assoggettarono al protesto, alla denuncia ed alle azioni, nei termini fissati dal Codice di commercio, tutti gli effetti di commercio che avevano dato luogo alle dilazioni legali suindicate, e per ben determinare le epoche dei pagamenti, statuivasi che qualunque fosse l'epoca della loro creazione successiva al 15 agosto non sarebbero esigibili che novanta giorni dopo la loro scadenza; che in via eccezionale il protesto potesse effettuarsi nei cinque giorni dalla loro esigibilità, e che dall'espiro di questo termine dovesse decorrere il termine per la denunzia del protesto e dell'assegnazione. Stabilivasi altresì che durante la guerra e per un mese successivo alla fine della medesima, al debitore non contumace che lo richiedesse, i tribunali potessero concedere un termine a sensi del capoverso dell'art. 1244 Cod. civ. fr. Ritenevansi prorogati di diritto i termini ed interdetti tutti i protesti, denunzie ed azioni nei territori invasi dal nemico e ciò fino all'espiro di un mese dalla cessazione della guerra, e dallo sgombero del territorio da parte del nemico. Ritenendo poi che gli effetti di commercio sottoscritti prima della guerra, a differenza di quelli che furono sottoscritti dopo la dichiarazione di guerra, fossero stati emessi nell'ignoranza di un avvenimento inatteso, che gettò il perturbamento nel commercio, e rese per lo meno assai difficile, se non impossibile i mezzi di liberazione, si decretò che fino al 15 dicembre nessun protesto potesse effettuarsi e nessuna azione po-

tesse essere esercitata per gli effetti sottoscritti prima del 15 agosto 1870 (decreto 15 nov. - 5 dic. 1870).

Con decreto 12-18 gennaio 1871 fu prorogato fino al 14 febbraio 1871 il termine per le cambiali sottoscritte prima del 13 agosto 1870 e fino al 31 gennaio 1871 il termine per le altre sottoscritte successivamente. Con decreto 9-11 febbraio 1871 il termine fu poi prorogato fino a tutto 13 marzo 1871. Con decreto 8 genn. - 11 marzo 1871 fu prorogata di 5 mesi la scadenza degli effetti di commercio anteriori al 15 agosto 1870 e di tre mesi la scadenza di quelli sottoscritti poi fino al 14 ottobre 1870, sospendendo fino alla fine della guerra tutte le azioni cambiarie, sia per le cambiali anteriori al 15 agosto 1870, sia contro coloro che fossero sotto le armi, in qualunque tempo fossero state create le cambiali.

La serie dei decreti successivamente emanati dal governo della difesa nazionale e dalle delegazioni di Tours e di Bordeaux, decreti che diedero luogo a interpretazioni le più disparate, rinviando di mese in mese la esigibilità delle cambiali, ben lungi dal diminuire il perturbamento grave e profondo delle relazioni commerciali, aveano paralizzate in modo quasi assoluto le negoziazioni dei valori commerciali. Il governo francese comprese ch' era indispensabile metter fine, al più presto possibile, ad uno stato di cose anormale, il cui prolungamento cagionava danni gravissimi. Le suddette leggi e decreti aveano accordate ai sottoscrittori delle cambiali termini relativamente considerevoli. Autorizzato legalmente il debîtore cambiario a non pagare il possessore, al quale veniva a mancare l'incasso, alla sua volta restava esposto alle domande dei suoi creditori. Le proroghe successive rendevano quasi inutile la presentazione

degli effetti; quasi impossibile diventava la loro negoziazione. Gli industriali, costretti a pagare a contanti i loro operai, non trovavano più chi scontasse i loro valori, la cui scadenza sembrava indefinitamente protratta. Un gran numero dei migliori debitori approfittavano dei termini accordati. Nelle provincie, e sopratutto nelle piccole località, il debitore, quantunque avesse in cassa il numerario destinato a far fronte alle sue obbligazioni, preferiva godere dei termini, anche pagando gli interessi, nella triste previsione, che fortunatamente non si realizzò, di vedere l'oro o l'argento aumentar di valore pel deprezzamento del biglietto di banca. Donde una rarefazione di numerario che aumentava le difficoltà della situazione. Nelle città più importanti il debitore, trovando un impiego più fruttifero del proprio capitale, lasciava i suoi effetti in sofferenza per dedicarsi a nuove operazioni. Se nel 1848 la proroga delle scadenze fu di dieci giorni, nel 1870 fu di sette mesi. Il male grave esigeva serio rimedio. Nella liquidazione del passato bisognava evitare il grave danno che sarebbe derivato dal rimettere troppo bruscamente i possessori in tutti i loro diritti ed il pericolo di gravi disastri commerciali accumulando in una medesima scadenza il rimborso degli effetti prorogati. A tale intento furono rivolte le nuove proroghe e le norme dettate dalla legge 10-13 marzo 1871, ossia all'intento di ristabilire senza scosse lo stato ordinario legislativo. Ciò che in detta legge ci sembra degno di particolare attenzione ai riguardi dell'oggetto dei nostri studi è l'art. 5, nel quale si stabilisce che i tribunali di commercio, nei dipartimenti occupati in tutto od in parte dalle truppe straniere, potessero, durante il 1871, accordare dei termini moderati pel pagamento delle cambiali a sensi del-

l'art. 1244 § 2 Cod. civ., e che in tutta la Francia si potessero accordare gli stessi termini ai debitori cambiari, che trattenuti fuori della loro residenza in servizio militare, fossero stati nell'impossibilità di pagare. Pareva che questa legge, dovesse essere quella destinata a chiudere la serie delle leggi di proroga. Non fu così; perchè l'insurrezione di Parigi interruppe ogni comunicazione telegrafica e postale tra questa città ed il resto della Francia ed arrestò in modo assoluto la vita commerciale di Parigi e della Francia. I dipartimenti invasi non erano stati evacuati e la posta non funzionava regolarmente. Fu respinto il progetto Ducuing di continuare le proroghe delle scadenze fino a che la Banca di Francia avesse notificata la ripresa del suo servizio di sconto colle sue succursali, giustamente osservando che, dando alla Banca la facoltà di fissare la sorte di tutti gli effetti commerciali, si sarebbe a lei delegato in parte il potere legislativo, ciò che non era ammissibile, non ostante gli ostacoli relativi ai rapporti tra la sede principale della Banca di Francia e le sue succursali. Si considerò giustamente: che il potere legislativo ha dei limiti; ch'egli dispone per l'avvenire e non potrebbe modificare i contratti intervenuti in passato, senza violare il principio della non retroattività delle leggi; che il termine delle obbligazioni è una delle condizioni principali del contratto, che il solo creditore ha diritto di prorogare; che è vero che i tribunali possono in materia civile accordare al debitore un termine di grazia (art. 1244 Cod. civ.), ma che essi non hanno la stessa facoltà allorchè trattasi di cambiali (art. 157 e 187 Cod. comm.); che la sicurezza del commercio esige che il terzo possessore sia pagato a giorno fisso dei valori negoziabili che rappresentano nelle sue

mani una somma di denaro; che se il legislatore, in epoche di pubblica calamità, è intervenuto tra debitore e creditore, non è già intervenuto per sciogliere quest' ultimo dalle sue obbligazioni, ma per constatare la forza maggiore che temporariamente si oppone alla loro esecuzione. Perciò colla legge del 26 aprile - 7 maggio 1871 si stabiliva la proroga per i titoli pagabili nel dipartimento della Senna fino al decimo giorno successivo al ristabilimento del servizio di posta tra Parigi ed il resto della Francia, epoca in cui la Banca avrebbe ripreso i suoi rapporti colle succursali, e che la cura di constatare officialmente la ripresa del servizio postale appartenesse naturalmente al governo. La serie delle moratorie non perciò finì. Colla legge del 1-7 luglio 1871 si prorogò di altri quattro mesi il termine di sette mesi per protestare le cambiali. Si volle prorogare il protesto, anzichè la scadenza, per non attentare di troppo alla validità dei contratti; non si volle proragare l'esercizio delle azioni, perchè, se questo sistema presentava il vantaggio di lasciare in definitiva il solo debitore in presenza del suo creditore originario senza immobilizzare i valori, esso avea però il grave inconveniente di intaccare col protesto l'onore del commerciante e di alterare il suo credito; si preferì dilazionare il protesto, perchè questo mezzo soccorre non solo i debitori diretti ma anche i giranti che provano un incaglio momentaneo nell'adempimento dei loro obblighi, e sopratutto in riguardo alle relazioni coll'estero. Si diceva: prolungando la scadenza si altera uno degli elementi del contratto, il termine; e ciò non si può fare senza danno, perchè non si può legiferare per l'estero. La lettera di cambio è un contratto del diritto delle genti. Ora è d' uso che le formalità conservative sieno regolate dalla

legge del paese in cui il pagamento si effettua. Questo principio fu disconosciuto dal supremo tribunale commerciale di Lipsia contro il quale protestarono le camere di commercio di Francoforte, di Augsburgo e di Berlino. Secondo il tribunale di Lipsia il possessore perdeva ogni ricorso contro il girante per difetto di presentazione della cambiale all'accettante o al traente alla scadenza. Secondo la teoria opposta tutte le formalità che concernono gli effetti di commercio devono essere regolate dalle leggi del luogo ove sono pagabili; ora le leggi francesi intervenute nel 1870 e 1871 hanno accordato dei termini ai debitori. Il portatore non ha potuto domandarne il pagamento; la legge francese, ch' era la sua legge, glielo vietava, ed in virtù di tutte le regole internazionali si deve ammettere in Germania, come in Inghilterra, l'influenza della forza maggiore, che impedì al creditore di incassare l' effetto e che rese il protesto inutile e spesso impossibile. Ma ciò, ripetesi, non fu ammesso dalle Corti di Germania. Il commercio chiedeva di introdurre non la facoltà di fare il protesto, ma un'altra misura. Non solo il protesto sarebbe stato inutile, ma avrebbe ferito il debitore, avrebbe compromesso il suo onore commerciale, o per lo meno il pudore commerciale, che è necessario di conservare. E allora bisognava cercare un' altra forma, che, rimpiazzando il protesto, facesse conoscere nondimeno che alla scadenza l' effetto sarebbe stato inutilmente presentato al debitore, non perchè il debitore si rifiutasse di pagare, ma perchè egli, avendo diritto o di pagare immediatamente o di optare pel termine concessogli dalla legge, avesse optato per questo. Si dimostrò che la semplice constatazione della presentazione dell' effetto alla scadenza bastasse anche davanti ai tribunali

stranieri per conservare i diritti dei portatori. Ed allora si cercò una forma, che non portasse spesa, che non compromettesse la dignità e l'onore commerciale del debitore e che nel tempo stesso constatasse sufficientemente, riguardo al girante anche straniero, che l'effetto era stato presentato alla scadenza. Perciò la legge volle che il debitore fosse avvertito del debito colla presentazione effettiva del titolo, presentazione in occasione della quale il debitore avrebbe potuto o pagare o mettere il suo visto in tutte le forme commerciali regolari, ciò che avrebbe constatato che la presentazione avea avuto luogo e ch'egli avea fatta la sua opzione pel termine legale; e se il debitore si rifiutasse di fare il visto o fosse assente dal suo domicilio la redazione di un atto d'usciere senza registrazione constatasse la presentazione dell' effetto alla scadenza e la mancanza di pagamento.

Nove anni dopo, nel 1880, Waddington e Dautresne presentavano alla Camera dei Deputati una proposta di legge sui concordati amichevoli e sulle liquidazioni volontarie, proposta che fu susseguita da altri progetti di legge del 1882, 1884, 1887, 1888 e 1889 sullo stesso argomento e sulla modificazione della procedura dei fallimenti. Soltanto la legge del 4-5 marzo 1889 portò modificazioni alla legislazione sui fallimenti. Questa legge, modificata poi in parte colla legge del 4 aprile 1890, contiene le disposizioni seguenti relative alla *liquidazione giudiziale;* ogni commerciante che cessa i suoi pagamenti può ottenere, conformandosi alle seguenti disposizioni, il beneficio della liquidazione giudiziale regolata dalla stessa legge (art. 1). La liquidazione giudiziale non può essere ordinata che su ricorso presentato dal debitore al tribunale di commercio del suo circondario nei

quindici giorni dalla cessazione dei suoi pagamenti. Il diritto di domandare questa liquidazione appartiene al debitore citato per la dichiarazione del fallimento durante questo periodo. Il ricorso è accompagnato dal bilancio e da una lista indicante il nome ed il domicilio di tutti i creditori. Possono essere ammessi al beneficio della liquidazione giudiziale della successione del loro autore, gli eredi che ne facciano domanda, entro il mese dal decesso di questo ultimo, morto nella quindicina dalla cessazione dei suoi pagamenti, se provano la loro accettazione pura e semplice o beneficiaria (art. 2). In caso di cessazione di pagamenti di una società in nome collettivo od in accomandita il ricorso contiene il nome e l'indicazione del domicilio di ciascuno degli associati solidali ed è sottoscritto da quello degli associati che ha la firma sociale. In caso di cessazione di pagamenti di una società anonima, il ricorso è sottoscritto dal direttore o dall'amministratore che ne adempie le funzioni. In tutti i casi è depositato alla cancelleria del tribunale, nel circondario del quale trovasi la sede sociale. In mancanza di sede sociale il deposito è effettuato alla cancelleria del tribunale, nel circondario del quale la società ha il suo stabilimento principale (art. 3). Il giudicato, che statuisce su una domanda di ammissione alla liquidazione giudiziale, è deliberato in camera di consiglio e pronunciato in udienza pubblica. Il debitore deve essere sentito in persona, salve le scuse riconosciute valide dal tribunale. Se il ricorso è ammesso, il giudizio nomina uno dei membri del tribunale a giudice delegato ed uno o più liquidatori provvisori. Questi ultimi, che sono immediatamente avvisati dal cancelliere, chiudono e firmano i libri del debitore nelle ventiquattr'ore della loro nomina e pro-

cedono con quest'ultimo all'inventario. Essi sono obbligati di chiedere, nel medesimo termine, le inscrizioni ipotecarie, sia a favore della massa sui beni del debitore, che a favore di questi sui beni dei terzi (art. 490 Cod. comm. franc.). Nel caso in cui una società sia dichiarata in istato di liquidazione giudiziale, se anteriormente sia stato nominato un liquidatore, questi rappresenta la società nelle operazioni della liquidazione giudiziale. Egli rende conto della sua gestione nella prima riunione dei creditori. Tuttavia egli può essere nominato liquidatore provvisorio. Il giudicato, che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, è pubblicato come la sentenza dichiarativa del fallimento (art. 442 Cod. comm. fr.); non è suscettibile di alcun ricorso e non può esser impugnato con opposizione di terzo. Nondimeno, se il tribunale è nello stesso tempo adito sia con ricorso per ammissione al beneficio della liquidazione, sia con una citazione per dichiarazione di fallimento, egli statuisce su tutte con una sola e identica sentenza, resa nelle forme ordinarie, esecutoria provvisoriamente e suscettibile di appello in tutti i casi (art. 4). A partire dal giudicato, che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, ogni azione mobiliare ed immobiliare ed ogni esecuzione, sia su mobili che sugli immobili, deve essere intentata o proseguita contro i liquidatori ed il debitore. Sui beni di quest'ultimo non possono prendersi altre inscrizioni all'infuori di quelle indicate nell'art. 4; ed i creditori non possono procedere all'espropriazione degl'immobili sui quali non abbiano ipoteca. Da parte sua il debitore non può contrarre alcun debito nuovo, nè alienare in tutto od in parte il suo attivo, salvi i casi qui enumerati (art. 5). Questa disposizione fu poi modificata dalla legge 4-5 aprile 1890, la quale stabilisce che, a par-

tire dalla sentenza che dichiara aperta la liquidaziono giudiziaria, le azioni mobiliari ed immobiliari e tutti gli atti esecutivi, sia sui mobili che sugli immobili, sono sospesi come in materia il fallimento. Quelle che sussistono devono essere intentate o proseguite contemporaneamente contro il liquidatore ed il debitore. Il debitore può coll'assistenza dei liquidatori, procedere al ricupero degli effetti e dei crediti esigibili, fare tutti gli atti conservativi, vendere le cose soggette a deperimento o a deprezzamento imminente e dispendiosi a conservarsi, ed intentare o proseguire ogni azione mobiliare od immobiliare. Dato il rifiuto del debitore, i liquidatori possono procedere da soli coll'autorizzazione del giudice delegato. Tuttavia, se trattasi d'intentare un'azione tale autorizzazione non vien domandata, ma i liquidatori devono chiamare in causa il debitore. Il debitore può altresì coll'assistenza dei liquidatori e l'autorizzazione del giudice delegato, continuare l'esercizio del suo commercio e della sua industria. L'ordinanza del giudice delegato, che autorizza la continuazione dell'esercizio, è esecutiva provvisoriamente, e può essere denunciata da ogni parte interessata al tribunale di commercio. I fondi provenienti dagli incassi e vendite sono rimessi ai liquidatori, che li versano alla cassa dei depositi e consegne (art. 6). — Il debitore, previo parere dei controllori che fossero stati designati di conformità all'art. 9, coll'assistenza dei liquidatori e l'autorizzazione del giudice delegato, può compiere tutti gli atti di desistenza, rinuncia od acquiescenza. Egli può alle medesime condizioni transigere su ogni litigio, il cui valore non ecceda fr. 1500. — Se l'oggetto della transazione è d'un valore indeterminato, o eccedente i 1500 franchi, la transazione non è obbligatoria che dopo l'omologazione del

tribunale. — Ogni creditore può intervenire nella domanda di omologazione della transazione (art. 7). La sentenza, che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, rende esigibili, riguardo al debitore, i debiti passivi non scaduti; arresta, soltanto verso la massa, il corso degli interessi di ogni credito non garantito da privilegio, pegno od ipoteca. Gli interessi dei crediti garantiti non possono essere reclamati che sulle somme provenienti dai beni affetti da privilegio, ipoteca o pegno (art. 8). Entro tre giorni dalla sentenza il cancelliere informa i creditori con lettere e con inserzioni nei giornali dell'apertura della liquidazione giudiziale e li convoca entro un termine, che non può eccedere i quindici giorni, in una delle sale del tribunale, per esaminare la situazione del debitore. Il giorno della riunione è fissato dal giudice delegato. Nel giorno indicato il debitore, assistito dai liquidatori provvisori, presenta uno stato della situazione, ch'egli sottoscrive e certifica sincera e veritiera e che contiene l'enumerazione e la valutazione di tutti i suoi beni mobili ed immobili, l'ammontare dei debiti attivi e passivi, il quadro dei profitti e perdite e quello delle spese. I creditori danno il loro parere sulla nomina dei liquidatori definitivi. Essi sono consultati dal giudice delegato sull'opportunità di scegliere fra loro uno o due controllori. Questi controllori possono essere eletti in ogni periodo della liquidazione, se non sono stati eletti in questa prima assemblea. Di questa riunione, e dei discorsi ed osservazioni dei creditori si redige processo verbale, nel quale il giudice delegato fissa, entro il termine di quindici giorni dalla data della prima assemblea, il giorno per la verificazione dei crediti. Questo processo verbale è sottoscritto dal giudice delegato, ed il tribunale nomina i liquidatori definitivi (art. 9). — I controllori sono

specialmente incaricati di verificare i libri e lo stato della situazione presentata dal debitore e di sorvegliare le operazioni dei liquidatori; essi hanno sempre il diritto di chiedere conto dello stato della liquidazione giudiziale, degli incassi effettuati e dei versamenti fatti. I liquidatori sono obbligati di sentire il loro avviso sulle azioni da intentarsi e da proseguirsi. Le funzioni dei controllori sono gratuite. Essi non possono essere revocati che dal tribunale di commercio, sul conforme parere della maggioranza dei creditori e su proposta del giudice delegato. Essi non possono essere dichiarati responsabili che in caso di colpa grave e personale. I liquidatori possono ricevere, qualunque sia la loro qualità, una indennità che è tassata dal giudice delegato (art. 10). A partire dal giudicato, che apre la liquidazione giudiziaria, i creditori possono rimettere i loro titoli o alla cancelleria o nelle mani dei liquidatori. — Nel fare questa consegna, ogni creditore è obbligato ad aggiungervi una nota enunciante i suoi nomi, prenomi, professione e domicilio, l'ammontare e le cause del suo credito ed i privilegi, ipoteche e pegni che vi sono affetti. Per questa consegna non è imposta nessuna forma speciale. Il cancelliere tien conto dei titoli e delle note che gli vengono rimesse, e ne dà ricevuta. Egli non è responsabile dei titoli che per soli cinque anni a datare dal giorno dell'apertura del processo verbale di verificazione. I liquidatori sono responsabili dei titoli, libri e carte loro consegnati, a partire dal giorno della resa dei loro conti (art. 12). — All'indomani, al più tardi, della prima assemblea dei creditori, questi sono convocati nella stessa forma per la prima assemblea di verificazione. Le lettere di convocazione e le inserzioni dei giornali portano che quelli, che

non avessero fino a quel momento rimesso i loro titoli e note, devono fare questa presentazione nel modo suindicato e nel termine fissato per la riunione dell'assemblea di verificazione. Questo termine può essere aumentato con ordinanza del giudice delegato, per i creditori domiciliati fuori del territorio continentale di Francia. La verificazione e l'affermazione dei crediti hanno luogo nella stessa riunione e nelle forme prescritte dal Codice di commercio per tutti i casi non contrari alla presente legge (art. 12). Nell'indomani delle operazioni della prima assemblea di verificazione di nuovo si convocano, nello stesso modo, tutti i creditori invitando quelli che non l'avessero già fatto, a fare le loro produzioni. I creditori son prevenuti che l'assemblea di verificazione, alla quale son convocati, sarà l'ultima. Questa assemblea ha luogo quindici giorni dopo la prima. Se le cambiali o biglietti all'ordine, sottoscritti o girati dal debitore e non scaduti al momento di quest'ultima assemblea, sono in circolazione, i liquidatori possono ottenere dal giudice delegato la convocazione di una nuova assemblea di verificazione (art. 13). — All'indomani dell'ultima assemblea, nella quale il giudice delegato pronuncia la chiusura della verificazione, tutti i creditori verificati o ammessi provvisoriamente, sono invitati, sempre nella forma suindicata, a riunirsi per sentire le proposte di concordato del debitore e per deliberare. Questa riunione ha luogo quindici giorni dopo l'ultima assemblea di verificazione. — Tuttavia in caso di contestazione sull' ammissione di uno o più crediti, il tribunale di commercio può aumentare il termine, salva la facoltà dell' ammissione provvisoria del credito o dei crediti (art. 14). La convenzione tra i creditori ed il debitore non si effettua se non è consentito dalla maggio-

ranza di tutti i creditori verificati ed affermati od ammessi provvisoriamente, rappresentanti inoltre i due terzi della totalità dei crediti verificati e affermati o ammessi provvisoriamente. Il tutto sotto pena di nullità. Se il concordato è omologato il tribunale dichiara terminata la liquidazione giudiziale. Quando il concordato contiene abbandono di un attivo da realizzarsi, i creditori sono consultati sulla conservazione o sostituzione dei liquidatori e dei controllori. Il tribunale decide sulla conservazione o sostituzione dei liquidatori. Le operazioni di realizzazione e di ripartizione dell' attivo abbandonato si proseguono nel modo stabilito per la cessione dei beni. Nell' ultima assemblea i liquidatori presentano lo stato delle spese ed indennità liquidate dal giudice delegato. Questo stato è depositato in cancelleria. Il debitore ed i creditori possono fare opposizione alla tassazione entro otto giorni. Il tribunale decide in camera di consiglio. In tutti i casi, nei quali vi sia luogo a resa di conto da parte dei liquidatori, è applicabile la disposizione precedente (art. 15). Sono nulli e senza effetto, sia a riguardo delle parti interessate, che a riguardo dei terzi, tutte le convenzioni che, dopo l' apertura della liquidazione giudiziale, non fossero state sottoscritte nelle forme sopra indicate (art. 16). Le tariffe dei diritti ed emolumenti, che i cancellieri dei tribunali di commercio sono autorizzati a percepire, sono applicabili al caso di liquidazione giudiziale come al caso di fallimento (art. 17). La notificazione da farsi al proprietario locatore degl' immobili e locali destinati al commercio od all' industria del debitore e che serve alla sua abitazione, è fatta dal debitore e dai liquidatori coll'autorizzazione del giudice delegato, sentiti i controllori. Essi hanno per questa notificazione un

termine di otto giorni a datare dalla prima assemblea di verificazione (art. 18). Il fallimento di un commerciante ammesso al beneficio della liquidazione giudiziale può essere dichiarato con sentenza del tribunale di commercio, sia d'ufficio, che su richiesta dei creditori: 1° se si riconosce che la domanda di liquidazione giudiziaria non fu presentata nei quindici giorni dalla cessazione dei pagamenti; 2° se il debitore non ottenne concordato. In questo caso, se il fallimento non è dichiarato, la liquidazione giudiziaria continua fino alla realizzazione e ripartizione, che si effettueranno nel modo suindicato (dall'art. 15). Se il fallimento è dichiarato si passa in istato d'unione. Il tribunale dichiara il fallimento in ogni periodo della liquidazione giudiziale: 1° se dopo la cessazione dei pagamenti o nei dieci giorni precedenti il debitore abbia acconsentito ad uno di quegli atti che le disposizioni sui fallimenti ritengono nulli od annullabili, ma nei casi soltanto nei quali la nullità fosse stata pronunciata dai tribunali competenti o fosse stata riconosciuta dalle parti; 2° se il debitore ha dissimulato o esagerato l'attivo od il passivo, ommesso scientemente il nome di uno o più creditori o commesso una frode qualunque, il tutto senza pregiudizio delle azioni del pubblico ministero; 3° nei casi di annullamento o di risoluzione di concordato; 4° se il debitore in istato di liquidazione giudiziaria sia stato condannato per bancarotta semplice o fraudolenta. Le operazioni di fallimento sono proseguite sulle ultime traccie della procedura di liquidazione (art. 19). A partire dalla sentenza d'apertura della liquidazione giudiziaria il debitore non può essere nominato ad alcuna funzione elettiva; s'egli esercita una funzione di tal natura è reputato dimissionario (art. 21). Il salario guadagnato

dagli operai direttamente impiegati dal debitore, durante i tre mesi precedenti l'apertura della liquidazione giudiziale, è annoverato tra i crediti privilegiati nel grado immediatamente successivo alle spese di giustizia, funerarie e di ultima malattia (art. 22).

**18.** Negli *Stati Sardi* le moratorie venivano applicate sino dai tempi di Amedeo VIII. Ricomparvero poi dopo la rivoluzione francese nelle Regie Costituzioni del 1814, le quali (lib. 2, tit. 2, cap. 2, § 6) stabilivano che, oltre le dilazioni ordinarie, solite a concedersi ai debitori dai magistrati, prefetti e giudici, per il pagamento dei loro debiti, il Gran Cancelliere potesse accordare una moratoria di giorni cinquanta ai commercianti non sospetti di fuga, o che prestassero cauzione di non fuggire, quando non si tratti di crediti spettanti a vedove, pupilli, persone miserabili od altri privilegiati. Così l'Azuni (*Dizionario,* voce *Moratoria,* § 15), il quale narra altresì che il magistrato del Consolato di Torino (sentenza del 31 maggio 1782, nella causa Guglielmini e compagnia contro Corand) avea stabilita la massima che le patenti di moratoria di 50 giorni, rapportate dalla gran Cancelleria, non debbano essere attendibili, allorchè non siasi narrato il vero stato della questione e la precisa natura del contratto.

**19.** In *Italia* la Commissione legislativa del 1869, incaricata di studiare e proporre le riforme da introdursi nel Codice di commercio del 1865, osservava *(Verb. 918):* che questo Codice, al verificarsi di quel disordine economico che si manifesta colla cessazione dei pagamenti, provvede in tutti i casi colla dichiarazione di fallimento, ma che *è forza riconoscere l'esistenza di un immenso divario fra colui che cessa dai pagamenti, perchè le sue passività superano l'attivo, ed egli*

*trovasi quindi nell'assoluta impossibilità di provvedere all'adempimento delle sue obbligazioni, ed il commerciante che, per un imbarazzo momentaneo, si trova sopraffatto da molte scadenze, e, quantunque provveduto di un attivo più che sufficiente a coprire il passivo, deve mancare ai suoi impegni per l'attuale difficoltà di procacciarsi le somme occorrenti. Il primo infatti per quanto possa essere esente da propria colpa, riguardo al fatto che lo condusse a quel passo, non potrà mai superare la censura di aver esposto ai rischi, per proprio profitto, i beni altrui; ma questa censura non potrà sovente apporsi al secondo, che, avendo solamente arrischiato il patrimonio proprio, può non essere colpevole che di una semplice irregolarità nel calcolo delle scadenze attive e passive, qualora il suo disastro fosse, a mo' d'esempio, unicamente dovuto agli effetti di una di quelle crisi, improvvise, imprevedibili e inelluttabili che per sè sole bastano a gettare lo scompiglio in una piazza. Queste crisi di indole assai svariata, che di tratto in tratto e con sempre maggior frequenza vengono a colpire il commercio e l'industria, e per evitare le quali non basta la solidità, la prudenza e la regolarità del commerciante e dell' industriale, richiedono dei provvedimenti, che, ove manchino nella legge, non possono altrimenti venire apprestati che dalla buona fede e dalla reciproca assistenza dei commercianti, a protezione dell'industria abile ed onesta, messa a dure prove dalla sventura. — Nel nostro paese in cui l'industria può dirsi nascente, la necessità di porgere legislativamente un rimedio a quegli imbarazzi momentanei è ancora più evidente che altrove; e siccome, nella maggior parte dei casi, una breve dilazione, concessa contro l'irrompere delle scadenze passive, può bastare a mantenere quella vita, che un fallimento precipitato distruggerebbe d' un tratto, credesi che, nella formazione di un nuovo Codice di*

*commercio italiano, non si possa a meno di studiare accuratamente un prudente sistema di moratorie all'ombra del quale, sia dopo una dichiarazione di fallimento, provocata da un'allarme improvviso, sia anche prima di essa il commerciante possa nelle accennate condizioni trovare protezione e riparo all'onta che ne deriva.* — La Commissione riteneva che la moratoria ristretta entro certi limiti ed accompagnata dalle necessarie garanzie, non solo non possa presentare pericoli nè inconvenienti, ma possa essere anzi un beneficio pel debitore, che sottrae a sicura rovina, e utile ai creditori coll'agevolare ad essi il conseguimento dei loro averi assai meglio che non lo potrebbe una liquidazione di fallimento. A tali ragioni la Facoltà di Giurisprudenza di Pisa e la minoranza della Commissione stessa opponevano che non sia conforme ai principii il sottoporre coattivamente a limitazioni, anche di tempo, l'integrità del diritto dei terzi e l'efficacia dei titoli ad essi spettanti, e che la concessione sulla moratoria, se chiesta avanti la dichiarazione del fallimento, possa paralizzare l'esercizio del diritto dei creditori, o far perdere nel caso opposto un tempo prezioso, che dev'esser rivolto all' assunzione dei primi atti del fallimento dichiarato. — In ogni caso gli opponenti ritenevano che si dovesse almeno provvedere in guisa che il giudizio sull'ammissione della moratoria, nel caso di fallimento già dichiarato, comprenda ed esaurisca anche il giudizio di opposizione aperto al fallito contro la sentenza che lo dichiara. Nonostante queste opposizioni la Commissione a maggioranza ammise nel Codice di commercio *questo modo di troncare gli effetti di un fallimento dichiarato, o di prevenirlo,* ritenendo che la moratoria richieda, come condizione essenziale, l'esistenza di quello stato, che senza di esso, darebbe luogo alla di-

chiarazione del fallimento od alla prosecuzione degli atti del fallimento dichiarato e che quindi il ritardo che i creditori soffrono nel conseguimento dei loro crediti non si eviterebbe coll'escludere la moratoria. Aggiungevasi altresì: « E poichè la legge consente in certi casi al fallito il diritto di far opposizione alla sentenza dichiarativa del fallimento, questo diritto non può essergli sottratto per ciò che gli è data facoltà di proporre una domanda di moratoria. I due giudizi hanno termini, condizioni e scopo diversi, e l'accumularli di pieno diritto potrebbe mettere il debitore in una posizione difficile, senza che sia perciò vietato al tribunale il conoscere, secondo le circostanze di ogni singolo caso, se gli convenga di decretare l'unione delle due cause ».

Il legislatore del 1882, come dicevasi nella relazione Corsi del 25 aprile 1880, considerando che la moratoria è destinata a provvedere a casi che si regolano con la volontà delle parti, intese di mantenere nelle disposizioni ogni semplicità e *non prescrivere una rigorosa verificazione dello stato degli affari del debitore sotto la sorveglianza del giudice, onde evitare spese e perdita di tempo.* — Alle obbiezioni suindicate fu risposto: che non si potea aver fiducia nel volontario consenso di tutti i creditori, perchè l'esperienza dimostra quanto spesso nelle trattative volontarie talun creditore, e per avventura alcun dei peggiori, abusi ed imponga la legge al debitore e finanche agli altri creditori, chiedendo a prezzo del suo consenso uno speciale trattamento; che ciò diverrà impossibile colla moratoria giudiziale; che la moratoria non potrà esser causa di ritardi ed impedimenti perchè la domanda della medesima non ha virtù di sospendere nè la procedura commerciale di falli-

mento, nè il processo penale. — Per questi motivi l'instituto della moratoria fu introdotto nel Codice di commercio del 1883. Avvertasi però che nella relazione Corsi del 25 aprile 1880 dicevasi che la Commissione proponeva la moratoria, *senza dissimularsene la gravità; ma confidando che nell'attuazione possa riuscire utile in specie se, com'è avvertito, il potere giudiziario ne userà con stretta parsimonia; sui risultati non è agevole fare previsioni, tutto dovendosi misurare da quanto potrà insegnare la esperienza.* Vedremo in seguito se questa instituzione abbia o no corrisposto in pratica alle aspettative, e per quali difetti e vizi non abbia potuto procurare al commercio tutti quei benefici, che avrebbero potuto altrimenti derivare dalla retta sua applicazione.

Per completare i cenni storici relativi alla tanto *vexata* moratoria è d'uopo richiamare l'attenzione anche sui deplorevoli avvenimenti del 1893 nella disgraziata Sicilia nostra.

In conseguenza dei disordini gravi avvenuti in diverse parti della Sicilia, il movimento generale degli affari commerciali e privati subì, dove più, dove meno, un incaglio, con danno ed imbarazzo, per lo meno transitorio, della pubblica e privata economia. Questo stato di cose indusse nel gennaio 1894 il R. Commissario straordinario generale Morra di Lavriano a prorogare di due mesi dal 1° gennaio 1894 la scadenza di tutti gli effetti cambiari in circolazione in tutte le provincie sicule. — Questa proroga riguardava esclusivamente gli effetti cambiari contemplati dall'art. 251 del Codice di commercio di creazione anteriore al 6 gennaio 1894 e con scadenza sino al 28 febbraio 1894. Non ostante la proroga accordata dichiaravasi però valido il pagamento degli effetti alla scadenza in essi indicata; il debitore, che si fosse prevalso della proroga, avrebbe dovuto

pagare insieme all'ammontare della cambiale anche gli interessi commerciali; ed il possessore alla scadenza indicata dovea far accertare, in luogo del protesto, con verbale redatto da pubblico ufficiale e senza spese, se il debitore avesse voluto approfittare della proroga, dandone notizia entro due giorni all'immediato girante; ed ogni giratario avrebbe dovuto dare eguale avviso al proprio girante nello stesso termine (art. 317 Cod. comm.). — E così si evitarono tutti quegli inconvenienti che invece si ebbero a deplorare in Francia coi decreti di consimile natura che in quel paese si raffazzonarono all'identico scopo nel 1870 e nel 1871.

---

# TITOLO II.

## CONSIDERAZIONI ECONOMICHE E GIURIDICHE SULLA MORATORIA E SUGLI INSTITUTI CONGENERI

**20.** Per quanto assoluta ed esclusiva si voglia la proprietà e per quanto rispettabile e sacro si ritenga il vincolo giuridico derivante dalle contrattazioni, non si arriverà mai ad infondere nella coscienza degli uomini il convincimento che non si debba mai, nemmeno a scopo di utilità pubblica, nei civili consorzi tollerare prudenti limitazioni all'esercizio dei diritti. Là dove la civiltà è più progredita si rivela più che mai la necessità di disciplinare le eccezioni per rafforzare la regola, e di moderare, in casi speciali, l'eccessivo rigore delle leggi, per mantenerne il prestigio. L'art. 1123 del Codice civile stabilisce il principio che i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti; e sarebbe manifesta contraddizione a questa regola generale l'ammettere che il giudice possa variare le condizioni del contratto, surrogando la sua volontà al consenso delle parti. Perciò, in omaggio alla legge del contratto, non è consentito al magistrato l'arbitrio

discrezionale di variare o modificare i termini e gli effetti giuridici delle convenzioni mercè l'uso e l'abuso delle dilazioni al pagamento. I commercianti d'ogni paese obbediscono agli identici impulsi morali; dovunque il ritardo nei pagamenti, e peggio l'inadempimento totale o parziale delle obbligazioni, potendo produrre la rovina di coloro che hanno fidato nel debitore, imprimono sulla fronte dell'inadempiente una nota d'infamia. La libertà lasciata ai contraenti di regolare le loro obbligazioni nel modo che hanno creduto migliore, toglie al giudice la facoltà di modificarle a sua volta sotto l'aspetto dell'equità. Ma nella moratoria, come nel concordato preventivo, non è al giudice che si conceda la facoltà di sostituire la propria volontà a quella delle parti, che dev'essere per esse legge suprema. Il legislatore, che pure ha colpito di assoluto ostracismo il *délai de grace*, che il legislatore francese volle invece conservato (art. 1244 Cod. franc.), che pure proclamò il principio che i contratti non possono essere revocati che per mutuo consenso, ammette, e giustamente, che i contratti possano essere revocati per cause autorizzate dalla legge (art. 1123 Cod. civ.); e, nel caso in cui una delle parti, valendosi della condizione risolutiva sottintesa nelle convenzioni bilaterali, domandi la risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'obbligazione assunta dall'altra parte, la legge attribuisce al giudice la facoltà di concedere a questa una dilazione per l'adempimento; e ciò perchè la risoluzione può trarre seco gravissime conseguenze a danno della stessa parte, e perchè, d'altronde, il diritto a chiedere la risoluzione procedendo dalla disposizione della stessa legge, questa può sottoporla a determinate modalità. Sebbene la legge proclami il principio che chi ha contratto un'obbligazione è

tenuto ad adempierla esattamente e, in mancanza, al risarcimento del danno (art. 1218 Cod. civ.) con equo temperamento, inteso, non già a sostituire il patto, ma a modificarne gli effetti, dà al giudice, in caso di inadempimento, la facoltà o di concedere o di negare la chiesta risoluzione e di concedere una dilazione secondo le particolari circostanze del fatto, che devono essere saviamente e diligentemente valutate dal giudice.

Anche il diritto romano al rigoroso principio dell'intangibilità faceva tre eccezioni: 1° accordava a certi debitori il diritto di non essere condannati se non in *quantum facere poterant* (L. 173 pr. ff. *De reg. juris*). *In condemnatione personarum quae in id quod facere possunt damnatur non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant;* 2° riconosceva nel debitore impotente a pagare il diritto di liberarsi cedendo i suoi immobili ai creditori (*in solutum dare:* Nov. 4, Cap. III); 3° attribuiva al giudice la facoltà di concedere al debitore una moderata dilazione, *modicum tempus* (L. 22 ff. *De pecunia constituta*). La legge e non l'arbitrio del giudice può, in determinate specialissime circostanze, accordare, non già termini nel senso scientifico della parola, ma moderate dilazioni al pagamento e sospendere le esecuzioni giudiziali, lasciando ogni altra cosa nel suo stato (art. 1165 Cod. civ.). Se, nell'interesse generale del commercio, si è ritenuto giusto di derogare a questo principio (art. 42 Cod. comm.), statuendo che nelle obbligazioni commerciali il giudice non possa accordare dilazioni, null'osta, che, sempre nell'interesse generale, ed in vantaggio dei creditori, si possa far ritorno alla regola generale, abilitando l'autorità giudiziaria, a sospendere, anche per le obbligazioni commerciali e per

un tempo determinato, le esecuzioni individuali, per dar campo ai creditori ed al debitore di prorogare convenzionalmente le scadenze o di sistemare d'accordo i rapporti di credito e di debito e per omologare e rendere così obbligatoria per tutti quella dilazione, remissione o liquidazione volontaria, che una determinata maggioranza consentisse nell'interesse di tutti.

La moratoria, come ben dice il Giorgi (op. cit., n. 337) non è *un termine di grazia, perchè è lungi da essere in arbitrio assoluto del giudice di concederla o negarla.* Come può poi il Giorgi stesso (n. 338) concludere, senza cadere in flagrante contraddizione, che *aveano ragione coloro i quali la avversarono memori degli inconvenienti gravissimi che le* **dilazioni graziose** *aveano nelle epoche precedenti partorito?*

L'interesse generale dei creditori e null'altro legittima la facoltà, che il legislatore deve riconoscere nel giudice, di omologare e rendere obbligatoria per tutti quella convenzione che la maggioranza stipula col debitore nell'interesse di tutti i creditori; a questo interesse non si provvede costringendo i debitori a dover subire le lungaggini, le spese e i danni che derivano dalla procedura del fallimento, o costringendo la maggioranza ragionevole a subire le irragionevoli pretensioni o le passive resistenze della minoranza.

Si fa presto a dire che sarebbe preferibile riformare la procedura del fallimento principalmente all'intento di togliere le lentezze che, insieme alle spese ed alla mala fede del debitore, spesso costituiscono uno dei principali fattori della rovina dei creditori. Le rigide formalità indispensabili nel fallimento per l'apprensione della sostanza, per l'am-

ministrazione del patrimonio e per la verificazione dei crediti e le gravi difficoltà pratiche che accompagnano l'esercizio provvisorio del commercio o dell' industria del fallito sono assai spesso ostacoli insormontabili alla continuazione utile e seria della vita commerciale o industriale. È incontestabile che il fallimento, nello stato dei nostri costumi, colpisce con vera stigmate colui che ne è l'oggetto; se si attenuassero gli effetti del fallimento, riguardo al debitore onesto si avvantaggierebbe il disonesto e si incoraggierebbero le frodi. Il timore del fallimento è il migliore preservativo contro questo flagello, che rovina tutti dal capitalista all'operaio. *La crainte de la faillite est le commencement de la sagesse commerciale;* se si mitigasse troppo il rigore del fallimento, non lo si temerebbe più; e, d'altra parte, quando questo salutare timore non fosse più sufficiente ad evitare il male dell' insolvenza, perchè, ad ogni costo, esigere l'apprensione e la liquidazione del patrimonio col danno di tutti?

Se questo timore del fallimento è salutare in origine per indurre il commerciante a regolare con prudenza le sue operazioni e a non compromettere i capitali che i creditori gli affidarono, data l' insolvibilità, può diventar fomite di danno pei creditori, perchè, in tal caso, il debitore per timore della catastrofe e della pubblicità e per conservare nelle proprie mani le redini degli affari ricorrerà a mezzi illegali, quando la legge non gli offra altro scampo che il fallimento. Il legislatore, che deve tener conto di questo stato di cose, deve offrire una via non umiliante, nè dannosa, che dia al debitore la possibilità di intendersi almeno colla maggioranza dei creditori per continuare il suo commercio o per regolare in altro modo i suoi rapporti. Per

tema di sacrificare talvolta la minoranza nei suoi interessi non si deve sacrificar sempre la maggioranza insieme al debitore. Il fallimento implica, se non vere e proprie incapacità riguardanti la persona ed i beni del fallito, certo più o meno gravi limitazioni nella libertà d'azione; le operazioni immediate, che la legge del fallimento impone, spogliano il negoziante, per lo meno provvisoriamente, del suo patrimonio, lo paralizzano nella sua attività e nei suoi sforzi, gl'impediscono di riabilitarsi e di tentare di far fronte agli impegni contratti.

Se il debitore non demeritò la fiducia dei creditori, perchè colpirlo delle incapacità politiche ed amministrative che sono inerenti allo stato di fallimento dichiarato? Perchè distruggere col fallimento o colla liquidazione giudiziale quella industria, che, continuata con debite cautele, potrebbe in un tempo più o meno breve, offrire i mezzi per pagare tutto e tutti od almeno dar più di quanto potrebbe derivare dalla liquidazione giudiziale?

La cessazione dei pagamenti dà luogo, è vero, alla presunzione dell'incapacità di amministrare nel debitore; ma, se il fallimento necessariamente, per effetto di questa presunzione legale, viene a privarlo dell'amministrazione stessa, questa presunzione però deve cedere alla realtà delle cose, quando la maggioranza dei creditori dichiara solennemente di avere ancora fiducia nel debitore ed il tribunale riconosca che questo voto sia ragionevole. — Anche senza spodestare il debitore, anche senza costituire regolarmente la massa dei creditori in ente collettivo con regolare e legittima rappresentanza, si può ammettere che, quando l'interesse di tutti lo consigli, il debitore stesso, continuando a godere della fiducia dei suoi creditori, possa continuare

nell'amministrazione del pegno comune. I gravi effetti del fallimento, morali e materiali, spiegano abbastanza il perchè il negoziante ricorra a operazioni sospette che non salvano nè la sua fortuna nè il suo credito, spiegano il perchè egli non si risolva a presentare il suo bilancio che all' ultimo momento, dopo aver tentato tutte le possibili vie di conciliazione, che di fronte alle esigenze di uno o più creditori intrattabili, intriganti e dotati di insaziabile appetito, lo inducono a riconoscere speciali privilegi, a consentire ipoteche, che poi non è sempre possibile annullare, o vantaggi particolari e concessioni che riducono l' attivo a minimi termini. Bisogna offrire al debitore disgraziato una condizione di cose più favorevole di quella che a lui si offre col fallimento.

Non è vero che colla moratoria o col concordato amichevole si procuri al commercio maggior danno di quello che dal fallimento possa derivare. Si fa della vana retorica dicendo che con questo instituto, si mettono i creditori in balìa dei debitori.

I commercianti, che sollecitano questa misura per poter continuare la loro vita commerciale anche nell'interesse degli stessi creditori, chieggono bensì dilazione all'adempimento delle loro obbligazioni o remissioni parziali, ma non perciò possono imporre ai creditori che si lascino senza garanzia i loro capitali nelle mani del debitore, nel quale non hanno più fiducia; poichè non sarà possibile che il debitore continui i proprii affari coi capitali altrui, quando non concorrano circostanze straordinarie o non si offrono garanzie che inducano la maggioranza ed il tribunale a concedere il beneficio della moratoria o il concordato. Anche per effetto del fallimento i creditori, non riscuotendo a tempo

quanto è loro dovuto, possono trovarsi nell'impossibilità di effettuare essi stessi i loro pagamenti, per cui quest'argomento non può valere contro la moratoria ed il concordato preventivo; e sarebbe invero un modo ben strano di assicurare i creditori costringendoli a subire le dannose conseguenze del fallimento, anche quando la maggioranza col plauso dell'autorità giudiziaria, ritenesse di meglio tutelare gli interessi comuni, affidando, con determinate cautele, allo stesso debitore onesto e intelligente la liquidazione del patrimonio o la continuazione degli affari.

Il commercio e le industrie possono essere rilevate anche coll'aiutare persone compromesse, quando ci sia seria speranza di ristabilirle in modo durevole, e quando il male non sia irreparabile. È certo che, in caso diverso, prolungando un'esistenza commerciale vacillante, si rende probabile una seconda catastrofe forse peggiore della prima, che finirebbe col distruggere anche ciò, che col fallimento immediato si sarebbe potuto salvare dal primo disastro, ma in queste ipotesi nè il tribunale concederà la moratoria, nè la maggioranza dei creditori consentirà ad un concordato. Questi instituti hanno per intento di conservare possibilmente il credito, per evitare la dannosa conseguenza del fallimento, per rendere possibile che le industrie ed i commerci si conservino o passino in mano di persone che abbiano i mezzi per farli funzionare e di rimetterli in attività. E a tale ufficio il fallimento non si presta.

I capitali hanno paura e si nascondono quando il fallimento sia l'unica via di scampo in tempo di crisi; i capitali saranno invece sempre pronti a rientrare nella circolazione, quando a fianco del rigore del fallimento e della tutela della buona fede, le industrie ed i commerci, per

quanto imbarazzati per cause transitorie, possano, se buoni, essere mantenuti in vita anche senza l'unanime consenso degli interessati. Chi può negare che in molti casi industrie pericolanti per difetto di capitali sufficienti sieno risorte a nuova e prospera vita coll'aiuto e col consiglio degli stessi creditori? I creditori sono spessissimo i primi od i soli che soffrono le conseguenze di un fallimento precipitato. La moratoria od il concordato preventivo spesso riesce più utile al creditore che al debitore, perchè gli agevola il conseguimento del suo scopo, ottenendogli o garanzie che non gli verrebbero forse concesse da parenti ed amici del debitore dopo la dichiarazione di fallimento, o pronti dividendi che sarebbe follia sperare maggiori dalla liquidazione giudiziale.

Anche la questione cosidetta operaia deve esercitare la sua influenza. Perchè forzare una liquidazione col mezzo del fallimento e toglier lavoro a migliaia di operai, quando sia possibile senza danno, anzi con vantaggio dei creditori e del debitore, continuare nell'esercizio di una industria utile?

Di fronte alle pubbliche calamità ed alle crisi di ogni genere che, con spaventevole frequenza, assalgono il commercio e la industria ed alle quali le case più potenti non sempre possono resistere, è impossibile disconoscere nel legislatore il diritto ed il dovere di intervenire. Nessuno nega che la prima necessità, alla quale il legislatore deve provvedere, sia quella di affrettare il giudizio di fallimento e di togliere i beni alla disponibilità del commerciante che pericola; ma gli espedienti diretti ad evitare il fallimento non devono essere causa di tali ritardi nè ostacolo alla dichiarazione di fallimento, quando vi sia necessità di iniziare

o proseguire la procedura di fallimento, perchè non devono aver mai virtù di sospendere il procedimento penale, nè essere ad ogni costo irrevocabili. — Per quanto sia temibile che alla moratoria od al concordato preventivo, si possa ricorrere, non per evitare, ma unicamente per ritardare la dichiarazione di fallimento non perciò si dovranno proscrivere cotesti instituti prima che sia dimostrata l'impossibilità di evitare il pericolo di tali abusi. Il legislatore deve intervenire per tutelare gli interessi di quei creditori che potrebbero essere ingiustamente compromessi da un'infima minoranza ostinata. — Se la maggioranza degli interessati è convinta che il debitore fu colpito da uno di quei fatti che ingannano tutti i calcoli ed eludono le previsioni più fondate, e lo ritiene perciò meritevole di una breve dilazione o di una parziale remissione consigliata dall'interesse comune, nella legge deve trovarsi il mezzo di impedire che la collettività degl'interessi debba sottostare al capriccio, al puntiglio od anche soltanto alla negligenza ed apatia di un singolo creditore. Deve la legge rendere possibile alla maggioranza degli interessi di conservare il debitore alla testa dei suoi affari, dovendosi ritenere che il voto sincero dei più abbia per oggetto l'utilità generale di tutti. — Si dice, che quando il debitore non arriva ad intendersi con tutti i creditori sulla continuazione del commercio o sulla liquidazione dei loro rapporti non c'è altro a fare che rimettersi alla saggezza della legge, che seguire la via che essa traccia, che conformarsi alle sue prescrizioni. — Ma appunto perciò una legge saggia deve additare in tal caso una via che non costringa cento creditori a subire la legge di pochissimi ostinati.

Non sarebbe provvida quella legge, la quale, non ostante

questo voto, costringesse il debitore o a cadere nello stato di fallimento, che nell' opinione pubblica è sempre circondato da un certo obbrobrio, e che mette il debitore in uno stato eccezionale, oppure, peggio ancora, a compromettere il suo patrimonio, pegno comune, cogli sforzi ch'egli altrimenti farebbe per evitare il fallimento con false speculazioni, con prestiti azzardati, aggravando notevolmente la rovina in luogo di scongiurarla, assorbendo ciò che poteva restare dell'attivo e riducendo il dividendo ad una cifra irrisoria.

Certamente sarebbe iniquo togliere ai creditori le ultime garanzie che restano, sol perchè il debitore fu colpito senza sua colpa da imprevisti avvenimenti, che cagionandogli danno lo rese impotente ad adempiere puntualmente alle sue obbligazioni; ma cosa più iniqua ancora sarebbe costringere la maggioranza dei creditori a rimanere impassibile spettatrice della completa rovina di quel patrimonio, che dovrebbe costituire garanzia comune, rovina che non si evita nè impedendo che la maggioranza detti patti ragionevoli alla minoranza ostinata, nè col fallimento, nè coll'esercizio provvisorio, specialmente quando il solo od il principale valore ricuperabile consista nell'avviamento e nel credito dell' industria esercitata dal debitore.

È assurdo il dire che la moratoria od il concordato preventivo rappresenti un sistema equivoco, che non è nè del tutto convenzionale, nè del tutto legale, ma a metà l' uno e a metà l'altro. Per la stessa ragione bisognerebbe dare l'ostracismo anche al concordato giudiziale che pone fine alle operazioni del fallimento. Il sistema invece è perfettamente ragionevole, come è ragionevole il principio adottato da quasi tutte le legislazioni civili, che, nelle amministrazioni delle comunioni le deliberazioni della maggioranza

sieno obbligatorie anche per la minoranza dissenziente. Se i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, i quali vi hanno tutti un eguale diritto (art. 1948 Cod. civ.), nell'amministrazione di questa garanzia, come in qualunque altra comunione, le deliberazioni della maggioranza rappresentanti la maggiore entità degli interessi devono essere obbligatorie anche per la minorità dissenziente (art. 678 Cod. civ.). È assurdo il dire che in tali casi la maggioranza finirebbe coll' assumere il debito della minoranza, piuttostocchè esporsi ai danni del fallimento, perchè sarebbe iniquo il costringere a ciò la maggioranza, e perchè i creditori anche quando ritengano che sia meglio l'attendere che provocare il fallimento, non saranno perciò sempre disposti a troppo gravi sacrifici, nè ad esborsare nuovi capitali, anche quando abbiano la possibilità di distogliere a tale scopo dal proprio commercio una parte del proprio capitale circolante. — Disposti a sborsar mille per sussidiare l'industria, non sempre sono disposti a esborsare duemila per tacitare anche i creditori dissenzienti. Anche colla procedura di fallimento, la legittimità della quale da nessuno è contestata, si priva, nell'interesse di tutti i creditori, ogni singolo creditore della facoltà di procedere a particolari esecuzioni forzate. È certo che anche la moratoria ed il concordato preventivo scuoteranno quella fiducia, che, nell' interesse del commercio, bisognerebbe conservare ed aumentare; ma almeno eviteranno il male maggiore che il fallimento indiscutibilmente arrecherebbe al commercio. Nessuno pretende che stia negli uffici del legislatore il ridar vita al commercio od alle industrie, ma è certo però che la legge non deve costituire ostacolo a che questo scopo possa essere raggiunto.

Nè si dica che, quando gli affari del debitore sieno in condizioni tali da inspirare fiducia nei creditori, il debitore riescirà sempre da sè e privatamente a concertarsi coi suoi creditori, perchè tutti hanno interesse di evitare l'ingerenza del tribunale. Non è vero, almeno per gli usi nostri, che quando è il caso di ottenere la moratoria od il concordato preventivo non occorra la legge e che quando poi interviene la legge ciò mostri che il concordato privatamente non si può ottenere e che i creditori non ebbero nel fallito la fiducia che dev'essere il naturale e necessario fondamento di simili concessioni. L'esperienza invece dimostra che anche quando l'imbarazzo non è transitorio, anche quando non è semplice questione di tempo, le cose precedono in modo ben diverso. Rarissimo è il caso che i creditori unanimi accettino senz'altro le proposte del debitore. Al primo momento, quando i creditori vengono a conoscere che il debitore non può pagare ciò che è loro dovuto diventano ossessi e minacciano; ma nel creditore più astuto il primo sentimento d'ira dura ben poco, perchè egli comprende che i suoi sforzi devono essere rivolti a trarre dalla situazione il miglior partito possibile; e poco curandosi di controllare seriamente se il debitore abbia con sincerità e pienezza esposto il vero stato delle cose, non ha che una sola preoccupazione, quella cioè di procurarsi una sorte migliore a detrimento degli altri, certo con poco scrupolo nella scelta dei mezzi. Sogna frodi anche dove non ci sono, o finge in mala fede di credere che si sieno commesse irregolarità quantunque convinto della perfetta onestà del suo debitore, e mentre la maggioranza si calma, investiga, ragiona e finisce coll'accettare le proposte, il singolo creditore, colla minaccia di persecuzioni e di rendere vana l'adesione di tutti

gli altri, esige concessioni speciali spesso impossibili a concedersi.

E se il creditore non riescirà nel suo intento di spaventare il debitore collo spettro della infamia e delle gravi responsabilità morali e materiali, e di indurlo a prestiti onerosi o a vendite disastrose per procurarsi i mezzi onde pagare a lui solo interamente tutto ciò che gli è dovuto, riescirà per lo meno a speculare sulle tristi condizioni nelle quali il debitore sta per essere gettato. Egli attenderà che il debitore riesca ad intendersi cogli altri creditori, e, sapendo che l'unanime consenso è indispensabile per la validità ed efficacia del componimento estragiudiziale, rimarrà tranquillo finchè sia giunto il momento di vendere a caro prezzo il suo consenso. Il debitore, ottenuta l'adesione di tutti gli altri, non rinunzierà alla conclusione dell' accordo e si adatterà a passare sotto le forche caudine del creditore più astuto e più inesorabile. Nei componimenti privati il debitore, questuando le sottoscrizioni a domicilio, e procurandosi firme di creditori già interamente pagati, estorcerà l'adesione dei creditori più ingenui; i creditori più attivi ed i più vicini saranno trattati meglio dei creditori lontani e meno avveduti. I componimenti estragiudiziali presentano poi il grave inconveniente di non lasciare alcuna traccia seria per iscoprire poi le simulazioni di passivo o le dissimulazioni di attivo, che, scoperte, possono dar luogo all'annullamento della convenzione. Il creditore, che ha sottoscritto a patti troppo gravosi, solo allo scopo di allontanare il pericolo del fallimento, troppo tardi si accorgerà che la rovina del debitore risaliva al giorno dell' accordo estragiudiziale; e, se anche troverà modo di far annullare o risolvere la convenzione, sarà ritardata di

troppo la dichiarazione di fallimento o la liquidazione giudiziale e non si potrà più ristabilire quell'eguaglianza già compromessa dalle liquidazioni già fatte e dai dividendi già distribuiti.

I creditori sono bensì i migliori giudici della verità delle cose asserite dal debitore e della opportunità di evitare il fallimento preferendo un'amichevole transazione; ma è certo che questo giudizio non è quasi mai sereno e sincero, se non altro per la possibilità di speculare sopra un'ingiusta opposizione, specialmente quando il debitore, sebbene onestissimo, abbia moglie od altro prossimo parente in condizioni agiate.

Appunto perchè i creditori sono i migliori giudici della fiducia che merita il debitore, la legge deve proteggerli contro l'opposizione dei pochi creditori, che pretendono di sacrificare al loro interesse individuale od al loro capriccio l'interesse di tutti. Appunto perchè i creditori sono i migliori giudici, devesi render possibile l'accordo assentito dalla maggioranza, senza pretendere l'unanimità. Quando la grande maggioranza dei creditori, giudica che, nell'interesse comune, val meglio accontentarsi di ricevere subito una parte anzichè cullarsi in ingannevoli speranze, o concedere una proroga di termine, anzichè esigere inesorabilmente l'immediato e completo pagamento, un solo creditore non deve aver facoltà di costringere tutti a subire le lungaggini, le spese e le disastrose conseguenze del fallimento, o peggio ancora di indurre il debitore ad evitare il pericolo del fallimento con altri mezzi funesti, ossia a spogliarsi nel frattempo di tutto o quasi tutto per tacitare i creditori più riottosi costituenti un'infima minoranza, lasciando alla maggioranza nulla o quasi nulla di quel patrimonio che pur dovea costituire la garanzia comune.

Lo scopo di evitare le disastrose conseguenze del fallimento, e di far trionfare il ragionevole giudizio della maggioranza, nell'interesse generale di tutti i creditori, si potrà raggiungere con una legge la quale si accontenti di condizioni che sieno in relazione cogli interessi generali, e che non dia troppa importanza ad un semplice accidente, che di rado si verifica e che è troppo facile simulare, quello cioè dell'equilibrio tra il passivo e l'attivo, o, peggio ancora, dell'eccedenza dell'attivo sul passivo.

La troppa facilità di simulare l'adempimento di queste ed altre troppo rigorose e non necessarie condizioni richieste dalla legge vigente, non può costituire sufficiente motivo per bandire dalla legge la moratoria od il concordato preventivo, instituzioni destinate ad evitare tanti e sì gravi inconvenienti, ai quali il fallimento non può provvedere. Se è censurabile il sistema adottato dal nostro Codice non è perciò condannabile l'istituzione per sè stessa.

Non ostante i gravi difetti della legge nostra, anche in Italia in questi ultimi anni, la moratoria riuscì in pratica ad evitare disastrosi fallimenti, a mantenere in vita industrie che poi rifiorirono, e a conservare lavoro a migliaia di operai. Più di una volta furono guidate a buon fine moratorie, per mezzo delle quali si riuscì, non solo a pagare interamente tutti i creditori, ma anche a salvare dalla morte, alla quale il fallimento le avrebbe irremissibilmente condannate, industrie che oggi prosperano con vantaggio indiscutibile del debitore e degli stessi creditori.

Bisogna investigare se gli inconvenienti che in pratica si lamentano come effetti dell'instituzione non sieno piuttosto effetto delle condizioni richieste dalla legge e delle sue imperfezioni. Quanto all'instituzione per sè stessa in

questi ultimi anni non si è fatto altro in sostanza che ripetere ciò che già dicevasi della moratoria cinquanta e più anni addietro, senza valutare le nuove esigenze ed i voti degl'industriali ed i mutamenti verificatisi nella situazione e nei bisogni del commercio, senza alcun studio sulle condizioni, sulle guarentigie e sulle norme processuali da sostituire a quelle richieste dalla legge vigente; ma talvolta anche l'erronea sua applicazione ha giustificate alcune censure che, del resto, si potrebbero rivolgere anche al concordato in fallimento, il quale troppo spesso viene accordato con facilità deplorabile a falliti di probità per lo meno molto sospetta, i quali con tal mezzo sono riusciti a rimettersi alla testa dei loro affari, sottraendo ai creditori tutto o quasi tutto ciò che poteva restare dell'attivo. Ma se questi ed altri deplorevoli inconvenienti inducono nella necessità di aumentare le cautele ed i rigori della ordinaria procedura di fallimento, non bisogna però con censure, soltanto apparentemente ragionevoli, dare l'ostracismo ad un instituto che si propone lo scopo di risparmiare al debitore disgraziato ma onesto, e, più che al debitore, ai creditori, le funeste ed in gran parte irreparabili conseguenze del fallimento.

Nella stessa Francia, dove più che in altri paesi la moratoria e gl'instituti congeneri furono accanitamente osteggiati da molti e valenti giureconsulti, il principio, già transitoriamente applicato nel 1848, nel 1870 e nel 1871 in ragione delle gravi circostanze e delle crisi che il commercio francese attraversò in quegli anni, finì, come in Belgio, in Germania, in Olanda ed in altri Stati, col trionfare, e sotto il nome di *liquidazione giudiziaria* le leggi francesi del 4-5 marzo 1889 e 4-5 aprile 1890 provvidero

a quei bisogni, ai quali in Italia si intese di provvedere colla *moratoria*. La sottocommissione ministeriale per la revisione del nostro Codice di commercio nel marzo del 1895 propose di sostituire alla moratoria il *concordato preventivo;* e la Commissione stessa nelle adunanze del 4, 5 e 6 luglio dello stesso anno, sulla relazione dell' egregio mio amico prof. Leone Bolaffio, ne approvava il progetto definitivo.

Anche nel concordato preventivo è inevitabile la concessione della moratoria, poichè, senza arrestare per un certo tempo le azioni individuali dei creditori non sarebbe possibile predisporre quanto occorre per la stipulazione del concordato, che non potrebbe effettuarsi coll'assenso della sola maggioranza senza il procedimento, per quanto semplice e sollecito, della verificazione dei crediti. La sola differenza sostanziale tra la moratoria ed il concordato preventivo consiste nel considerare la moratoria quale fine anzichè quale mezzo. Sia che la definizione dei rapporti fra creditori e debitori abbia luogo con una semplice dilazione convenzionale, sia che si effettui col mezzo di un accordo-remissione, o con una liquidazione estragiudiziale, la moratoria sarà sempre il mezzo e non il fine. Lo scopo è e deve essere sempre il concordato. — E a questo scopo si deve poter giungere senza le formalità ordinarie del fallimento, e con guadagno di tempo, di spese, e di forme; poichè altrimenti, se la moratoria od il concordato preventivo fosse considerato come un inevitabile preliminare di ogni fallimento, si avrebbero tutti gl' inconvenienti del fallimento senza il vantaggio di spogliare immediatamente il debitore dell'amministrazione dei suoi beni.

# TITOLO III.

## NATURA GIURIDICA DELLA MORATORIA E DEL CONCORDATO PREVENTIVO

---

**21.** *Moratoria* deriva dalla parola *mora,* che significa indugio, dilazione, ritardo ad eseguire una obbligazione. Nello stretto senso giuridico significa soltanto ritardo ingiusto: *Mora dicitur solum ea quae injusta est; ubi autem justa ratione aliquid differendi causa in mora non habetur* (Donnello, *Comm.,* vol. IV, col. 640, n. 2°). — Sebbene la *moratoria* quale instituzione diretta a prevenire od a sospendere la procedura del fallimento nulla abbia di comune colla *mora* intesa nel senso strettamente giuridico di ritardo colpevole, non posso ritenere che questa instituzione abbia tralignato dalle sue origini, come sostiene il Vidari, perchè la voce fu adoperata a significare un istituto ben diverso da quello che apparirebbe dal significato specifico della voce *mora,* e fu usata nel senso generico ed etimologico. Se il senso strettamente giuridico della parola *mora* è quello sopra indicato, colla parola stessa però, usata in senso generale, si è sempre designata ogni dilazione di debito derivante da causa giusta od ingiusta. *Mora in debitore gene-*

*raliter dicitur omnis debiti dilatio, sive ea non injusta sit, sive sit injusta* (Donnello, loc. cit.). *Mora si vim verbi quaerimus nihil significat aliud nisi cessationem in omni re, ac procrastinationem sive dilationem ejus rei quam primo quoque tempore expedire debeas* (Donnello, op. cit., vol. X, col. 1168, n. 2). Il nome assunto da questa instituzione, se non ha il senso strettamente giuridico della parola *mora,* non tralignò dalla sua origine etimologica, poichè il senso generico della parola si attaglia all'instituto, che consiste in una dilazione pienamente legittima concessa al commerciante per l'adempimento delle sue obbligazioni in determinate circostanze di fatto, il cui concorso dev'essere accertato dall'autorità giudiziaria. Questa è, secondo il mio avviso, la definizione dell' instituto che chiamasi *moratoria.*

Il Giorgi, nell'aureo suo trattato (*Delle obbligazioni,* vol. VII, n. 337 e 338), giustamente osserva che la moratoria non può essere annoverata tra le dilazioni di grazia, perchè la moratoria produce conseguenze molto più pingui di una semplice dilazione e perchè, tanto è lungi dall' essere in arbitrio assoluto del giudice di concederla o negarla che dipende piuttosto e dal concorso di determinate circostanze e dalla volontà dei creditori, sebbene quest'ultimo concetto non risulti chiaro quanto sarebbe necessario dalla lettera del Codice vigente. Il Giorgi considera la moratoria come una rimessione temporanea che i creditori, sotto la salvaguardia dell' autorizzazione giudiziaria, accordano al commerciante di buona fede impotente a pagare i suoi debiti con puntualità; rimessione temporanea, la quale può anche aprire l'adito ad una remissione sostanziale per i creditori che vi acconsentono. Ponendo mente alle disposizioni del Codice nostro apparisce tutta la difficoltà di ben definire

la essenza giuridica della moratoria, e il M. Vita-Levi, che volle unicamente dal Codice desumere la definizione dell'istituto, non mi pare sia riuscito a coglierne il vero significato; egli si è limitato a dare un riassunto dei requisiti legali, senza preoccuparsi, se ciò che la legge pretende sia o no ragionevole, sia o no conforme all'indole giuridica ed economica dell'instituzione. Non occorre, come vorrebbe il Vita-Levi (*La Moratoria,* § 5), che il commerciante versi in istato di cessazione di pagamenti, poichè la moratoria può essergli concessa, non solo prima che il fallimento di lui sia dichiarato, ma anche prima ch'egli si trovi in istato di fallimento, ossia prima ch'egli sia in mora quanto all'adempimento delle sue obbligazioni.

Il Vidari (*Corso di dir. comm.,* n. 857), usando la parola *mora* nel senso strettamente giuridico di ritardo ingiusto, ha ben ragione di dire che colla moratoria si permette al debitore, non ostante la mora, di non soddisfare per un certo tempo alle proprie obbligazioni, senza perciò cadere in veruna responsabilità giuridica; ha ben ragione di osservare che, mentre la mora colpisce il debitore di certe gravi responsabilità, la moratoria invece ne lo difende; che mentre la prima apre ai creditori la via di far valere in giudizio le loro ragioni contro il debitore, la seconda trattiene la mano dei creditori sino a che il termine non sia decorso infruttuosamente; e che, mentre l'una è mezzo di azione, l'altra è mezzo di inazione. — Ma nella moratoria, lo ripetiamo, la procrastinazione è invece giusta e legittima.

**22.** Il *concordato preventivo* è invece una convenzione che durante l'effetto moratorio dei primi atti della procedura relativa, vien conclusa tra il debitore ed i creditori

rappresentati da una determinata maggioranza, col controllo e l'omologazione dell'autorità giudiziaria, all'intento di evitare la dichiarazione di fallimento e tutti gli effetti della medesima, di sostituire alla liquidazione giudiziale una liquidazione amichevole, o, volendo, rendere possibile anche la continuazione dell'esercizio del commercio o dell'industria del debitore, conservando, in tutti i casi, l'eguaglianza fra i creditori quando non ci sieno fra essi cause legittime di prelazione.

Il concordato preventivo è certo il mezzo più semplice, meno dispendioso e più adatto a raggiungere lo scopo di prevenire il fallimento.

La sottocommissione compilatrice del progetto preliminare sul concordato preventivo, nella sua relazione (pag. 39) osserva che il concordato non è una novazione volontaria e cita a questo proposito una sentenza della Cassazione di Roma (5 giugno 1894, est. *Penserini*, *Foro ital.*, 1894, I, 768), la quale diceva: « Il concordato riduce bensì nella misura convenuta la somma dovuta, e con le pattuite dilazioni, ma non porta novazione ai diritti ed alle azioni dei creditori », ed una decisione della Cassazione di Torino (15 giugno 1892, est. *Provera*, *La Giurispr.*, 1892, pag. 705) che diceva: « Il concordato non opera novazione di sorta nel senso giuridico ».

La novazione non si presume ma dev'essere chiaramente voluta (art. 1269 Cod. civ.), e, prosegue la relazione suddetta: « pei creditori dissenzienti ed assenti apparisce arduo il compito di spingere la finzione della loro adesione fino a questo punto! »

« Nè si concilia con la novazione contrattuale (art. 1274, 1277 Cod. civ.) il mantenimento, che leggi e dottrina con-

sentono, delle garanzie reali e personali del credito originario. Nemmeno può pareggiarsi il concordato ad una transazione che metta fine con reciproche concessioni alla incertezza dei diritti concorrenti, o almeno all'incertezza della sorte che potrebbe essere riservata ad essi in un giudizio di esecuzione (Löhr, *Ueber die rechtliche Natur des Zwangsvergleiches*. Berlin, ed. Heymanns, 1891, pag. 65 — Giorgi, Monografia, nel *Foro Italiano,* 1891, I, 413-429); vuoi perchè i crediti concorrenti al voto, o sono già accertati, o sono giustificati abbastanza pel voto, con la riserva della loro completa giustificazione prima del pagamento, e quindi manca l'elemento essenziale delle transazioni che è la controversia sui diritti; vuoi perchè il concordato è sempre coattivo dovendo ciascun creditore sottostare alla deliberazione dell' assemblea dei creditori; e l' assemblea non rinuncia a qualsiasi diritto allorchè, a mezzo della maggioranza aderente, esprime l'avviso che sia da preferirsi la definizione amichevole alla liquidazione forzosa perchè dimostrata più utile dai risultati della istruttoria. Il concordato non influisce sull'intima natura del diritto creditorio; ma, a seconda del suo contenuto, è una limitazione del medesimo; o in ordine al tempo (concordato dilatorio), o in ordine all' importo (concordato remissorio), o in ordine al modo di realizzare il credito (concordato di liquidazione). La causa originaria del diritto creditorio rimane la stessa (In contrario: Vidari, *Corso di dir. comm.,* 3ª ediz., IX, n. 877); soltanto l'importo del credito o la modalità del suo pagamento è modificata appunto perchè si è sostituita una liquidazione amichevole all'ordinaria liquidazione forzata. »

---

# TITOLO IV.

## DA CHI ED IN QUALI CONDIZIONI SI POSSA OTTENERE LA MORATORIA O IL CONCORDATO PREVENTIVO

**23.** Possono chiedere la moratoria soltanto i *commercianti*, ossia coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale (art. 8, 683, 810 e 827 Cod. comm. — Avv. Alfredo Tartufari, *La Moratoria*, n. 21).

**24.** Anche la sotto-Commissione compilatrice del progetto di legge sul concordato preventivo, pur riconoscendo che la procedura di fallimento, come giudizio di esecuzione collettivo e generale, contrapposto ai procedimenti esecutivi individuali, dovrebbe trovare adeguata applicazione anche fuori del ceto commerciale, non osava proporre sì radicale riforma per tema di creare con ciò ostacolo a che arrivi intanto in porto il progetto più limitato e modesto, il quale (art. 1) ammette che il solo commerciante possa chiedere la convocazione dei creditori per proporre un concordato preventivo. Però le ottime ragioni, addotte dalla sotto-Commissione nella esposizione dei motivi (pag. 21-30) per giustificare il suo avviso sulla opportunità di estendere anche ai non commercianti la procedura del fallimento e di evi-

tare i gravi inconvenienti e le stridenti disuguaglianze che le esecuzioni individuali consacrano fra i creditori, avevano indotto la Commissione stessa a proporre che il concordato preventivo fosse applicabile anche ai non commercianti ed alle società civili, dietro loro spontanea richiesta e purchè dichiarino di sottoporsi alla procedura civile di fallimento nel caso che il concordato sia rifiutato. Così si sarebbe evitato, come ben diceva il prof. Leone Bolaffio, relatore della sotto-Commissione (*Relaz.*, pag. 21-30) « che l'egoistico *vigilatibus jura subveniunt* ricopra pudicamente di veste romana il proposito tortuoso di evitarsi una perdita per addossarla ad altri, trafugando il pegno comune a tutti i creditori ed insieme la difficoltà di stabilire ed accertare lo stato del debitore non commerciante, che determina la dichiarazione del fallimento. Così il debitore non commerciante, presentando il ricorso per la convocazione dei suoi creditori, avrebbe potuto arrestare le esecuzioni in corso, impedire che qualche creditore sollecito si appropri il pegno comune a tutti, piegando così le eccessive pretese verso il limite imposto e dalla sua capacità economica e dal pareggiamento dei creditori » (*Relaz. sotto-Commiss.*, pag. 28).

Questa disposizione però non figura nel definitivo progetto sul concordato preventivo. La Commissione non ha osato di arrivare neppure fino a questo limite!

**25.** La moratoria, secondo la legge vigente, può domandarsi ed ottenersi sia prima che dopo dichiarato il fallimento. Ma perchè la legge nostra all'art. 819 Cod. comm. volle che questa facoltà fosse riservata soltanto nel caso in cui la sentenza dichiarativa sia pronunziata *ad istanza dei creditori o d'ufficio?* Per rispondere a questa domanda sarebbe inutile consultare i verbali della Commissione e gli

altri lavori preparatorii, poichè non si è addotto alcun motivo. Il Tartufari (*La Moratoria,* n. 38) ritiene che la legge non abbia abilitato a chiedere la moratoria quel commerciante che spontaneamente dichiara di non essere in grado di pagare i suoi creditori e riconosce, almeno implicitamente ma pur chiaramente, che non concorrono le condizioni necessarie per ottenere la moratoria, se anche chiedendo il fallimento abbia agito per errore. Ma il Cuzzeri (*Cod. comm. comment.,* vol. VII, n. 755), pur ammettendo che questo fosse l'intendimento del legislatore, giustamente osserva che « essendo il fallimento la conseguenza non già dello sbilancio, ma della cessazione dei pagamenti, il debitore può essere sbigottito per la momentanea crisi che diè causa a cotesta cessazione, ma poi essersi persuaso che la moratoria era possibile e avrebbe meglio giovato a lui ed ai suoi creditori. »

È vero che il debitore può chiedere la moratoria anche prima di cadere in istato di fallimento; ma è forse questa buona ragione per negare al debitore la facoltà di chiedere la moratoria quando la sentenza di fallimento sia stata pronunziata in seguito a sua dichiarazione? Il debitore, per esempio, sopraggiunta la scadenza di un debito che non può pagare, per impedire che il creditore intransigente iscriva ipoteca e si procuri una condizione privilegiata in confronto di tutti gli altri creditori, può trovarsi nella necessità di provocare da mattina a sera la dichiarazione del suo fallimento, anche quando il suo attivo superi il passivo, anche quando concorrano tutte le condizioni per ottenere la moratoria, la cui concessione potrebbe giungere troppo tarda. Perchè si dovrebbe in tal caso punirlo colla privazione del beneficio della moratoria? Il debitore non è sempre

in condizione di poter in pochi giorni procurarsi le prove documentali degli avvenimenti straordinari impreveduti od altrimenti scusabili, o le idonee garanzie; e nel frattempo possono decorrere i tre giorni entro i quali dovrebbe fare la sua dichiarazione a sensi dell'art. 686 Cod. comm. — Sarebbe iniquo, in tal caso, se adempie al suo dovere, punirlo colla perdita del beneficio della moratoria, od incoraggiarlo a mancare al suo dovere e ad esporsi alle comminatorie della legge (art. 857 n. 3 Cod. comm.).

**26.** Il Progetto definitivo sul concordato preventivo (art. 1) rende ammissibile il ricorso del debitore per la convocazione dei creditori, *fino a che il fallimento non è dichiarato*, e ciò perchè, come diceva la sotto-Commissione (pag. 45), il debitore commerciale, che intende evitare la dichiarazione del proprio fallimento a mezzo del concordato, ha da *prevenire* quella dichiarazione col proprio ricorso al Tribunale al fine di ottenere un concordato.

**27.** Se per le ragioni suesposte (N. 25) non posso far plauso alla legge vigente che esclude la moratoria quando il fallimento sia stato dichiarato a richiesta dello stesso debitore, tanto meno plausibile mi sembra la progettata disposizione di non ammettere il concordato preventivo quando il fallimento sia stato dichiarato senza richiesta del debitore. — Ma, se il fallimento fosse stato a torto dichiarato a richiesta di uno o più creditori o d'ufficio, sarebbe ingiusto privare il debitore del beneficio del concordato!

Sta bene, come dice la Relazione della sotto-Commissione (pag. 15), che stimolo sufficiente a presentarlo e quindi a non aggravare la sorte dei creditori con dilazioni, frutto di falso amor proprio o di propositi tortuosi, è la necessità di prevenire la dichiarazione di fallimento che, per la legisla-

zione patria, può effettuarsi anche d'ufficio. Sta bene che se il debitore consapevole o no presenta il suo ricorso per la convocazione dei creditori contemporaneamente od anche dopo che una domanda per la dichiarazione del suo fallimento è stata prodotta, egli abbia diritto alla priorità di esame e deliberazione del suo ricorso, come dice la sotto-Commissione, perchè il fallimento non è ancora dichiarato e che tanto basta perchè nessuna pregiudiziale possa elevarsi pel fatto che la dichiarazione del fallimento è semplicemente domandata. — Ma se il fallimento è già dichiarato d'ufficio o a richiesta dei creditori, qualora si riconosca che il debitore ha diritto di far opposizione, a maggior ragione non si può, senza ingiustizia, togliergli la possibilità di troncare gli effetti di un fallimento forse ingiustamente dichiarato col promuovere direttamente il concordato, senza costringerlo a percorrere la via più lunga e dispendiosa di far prima revocare il fallimento col mezzo dell'opposizione per poi presentare la domanda di concordato preventivo.

Tutti i motivi pei quali è ragionevole l'ammettere che il concordato possa chiedersi fino a che il fallimento non sia dichiarato, inducono ad ammettere il concordato anche come mezzo diretto a troncare gli effetti di un fallimento già dichiarato.

**28.** Può chiedere la moratoria anche il commerciante che siasi ritirato dal commercio; ma può chiederla soltanto per i debiti dipendenti dall'esercizio medesimo, perchè anche il commerciante che trovasi in tali condizioni, sebbene non rivesta più *attualmente* la qualità di negoziante, potendo essere dichiarato fallito (art. 690 Cod. comm.), deve poter usare di quel mezzo che ha appunto per iscopo di evitare il fallimento. Il silenzio della legge non può essere inter-

pretato nel senso di escludere il beneficio. Il negoziante, che si è ritirato dal commercio, difficilmente potrà giustificare con avvenimenti straordinari, impreveduti od altrimenti scusabili, il lungo ritardo all'adempimento delle sue obbligazioni; ma tale difficoltà non può elevarsi al grado di ostacolo legale.

**29.** Il nostro Codice di commercio non prevede l'ipotesi di una domanda di moratoria presentata a nome del commerciante defunto, ma ammette però che può dichiararsi il fallimento dopo la morte del negoziante entro un anno da tale avvenimento (art. 690 Cod. comm.). Entro il termine stesso potrà esser chiesta la moratoria dagli eredi, suoi legittimi rappresentanti? Salgado de Somoza, citato dal Calamandrei, dice benissimo: *Haec moratoria est mere personalis, et uni concessa non prodest suis haeredibus aut successoribus* (*Labyr. credit,* p. II, cap. XXX, N. 5); ma non è questa la questione. È certo che la moratoria, concessa per ragioni meramente personali a chi la chiede, non può giovare ad altri, sieno pure suoi eredi o successori; ma qui invece si chiede se gli eredi e successori possano chiederla a proprio vantaggio per debiti del loro autore, pei debiti del *de cujus.*

Giustamente il Rénouard (*Faillite,* ecc., N. 937) fa in proposito la distinzione fra il caso in cui l'erede abbia accettato in via pura e semplice l'eredità, da quello in cui l'abbia accettata con beneficio d'inventario. — Nel primo caso, avvenuta la confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede, questi non potrà chiedere la moratoria che in nome e per conto proprio e solo in quanto sia commerciante; nel secondo caso, d'accordo perfettamente col Rénouard e colla legge belga, ritengo che fino a tanto che

non sia avvenuta la confusione del patrimonio del commerciante defunto, che lasciò una successione imbarazzata e quello dell'erede, questi possa in nome del commerciante defunto chiedere ed ottenere la moratoria, dato, ben inteso, il concorso di tutte le condizioni richieste all'uopo dalla legge. Non si deve rifiutare agli eredi del debitore la facoltà di chiedere la moratoria, perchè questa spesso reca vantaggio, non solo al debitore, ma anche ai creditori. Quando si verifica confusione di patrimonio e di persone, è giusto che l'erede, al quale soltanto spetta l'obbligo di pagare, e che sarebbe il solo chiamato a godere del beneficio della moratoria, non possa chiedere tal beneficio, perchè la dichiarazione di fallimento riguarderebbe il solo autore di lui. All'incontro, allorchè il patrimonio del commerciante defunto rimane distinto ed intatto non sarebbe giusto che il fallimento potesse esser dichiarato, quando il commerciante, continuando a vivere, avesse potuto ottenere una dilazione legale; nè sarebbe giusto che, per l'avvenuto decesso dell'autore, l'erede non potesse chiedere la moratoria quando le condizioni richieste per la medesima si trovassero nel commerciante defunto. Sarebbe irragionevole negare il beneficio che il debitore non ebbe il tempo di domandare, ma che avrebbe indubbiamente domandato se avesse continuato a vivere. Se non c'è più il commerciante, che possa dimostrare che la cessazione di pagamenti fu conseguenza di avvenimenti straordinari ed impreveduti od altrimenti scusabili, questa dimostrazione può darla l'erede, il continuatore della persona; l'erede può provare che forse la morte del suo autore è l'unica causa dello imbarazzo che momentaneamente impedisce il puntuale adempimento delle obbligazioni; può forse lo stesso erede prestare quelle idonee

garantie che il defunto non ebbe il tempo o la possibilità di prestare. Nè vale il dire (M. V. Levi, *Della moratoria*, § 8, pag. 33) che, in tal modo, la moratoria verrebbe accordata in realtà non più al commerciante defunto, dichiarato fallito, ma all'erede in proprio, il quale verrebbe in tal guisa a godere indirettamente di un beneficio che non gli compete e che a lui direttamente non sarebbe stato conceduto, perchè il beneficio dell'inventario fa sì che il pagamento dei debiti del defunto avvenga *intra vires hereditatis*, per cui non si confondono i debiti e crediti dell'erede colle attività e passività della successione, perchè il beneficio dell'inventario sospende a vantaggio dell'erede gli effetti della finzione giuridica, per cui l'erede *sustinet personam defuncti* e circoscrive entro i confini dell'asse ereditario, pel quale soltanto avrebbe efficacia la moratoria, tutte le conseguenze delle azioni creditorie che i creditori della successione potrebbero esperimentare. Nè ha valore alcuno l'argomento desunto dal silenzio della legge. — Se anche la disposizione della legge belga fosse stata contemplata dal legislatore italiano, il non averla riprodotta non potrebbe significare che il legislatore non l'avesse ritenuta opportuna, perchè alla stregua di questo giustissimo criterio di ermeneutica non può essere interpretata una legge, della quale non si sa se più siano i difetti od i vizi. Più ragionevole, nel silenzio di una legge tanto incompleta, sarà il ricorrere ai principii generali di diritto. Oggi è ripudiato l'aforisma *beneficio inventarii, beneficium separationis ipso jure inest*, ed il Codice civile, agli articoli 1032 e 2054 e segg., riconosce soltanto la facoltà nei creditori di chiedere la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede; l'erede beneficiato non può disporre a vantaggio suo dei

beni ereditari, nè i creditori suoi personali possono avere su quei beni diritti maggiori di quelli che a lui competono, finchè i creditori ereditari non sieno pagati. L'erede adunque, se anche non è mandatario, perchè di mandato non può parlarsi, essendo morto il preteso mandante, finchè la separazione non siasi effettuata *administrat hereditatem tanquam suam, sed in utilitatem creditorum.* Se amministra questa sostanza come fosse sua, ma in vantaggio dei creditori, non si sa comprendere il perchè si debba a lui, amministratore, negare il beneficio della moratoria che può ridondare a vantaggio degli stessi creditori, o che debba in suo nome chiedere tal beneficio, mentre potrebbe benissimo darsi il caso che pei suoi debiti personali, quand'anche fosse commerciante, non avesse bisogno di ricorrere a tal mezzo e potesse pagarli puntualmente. Supposto che un negoziante, in condizione di poter continuare colla più scrupolosa esattezza i suoi pagamenti, accettasse con beneficio d'inventario l'eredità di un amico, consistente in un'ottima industria, alla quale però fosse venuto a mancare, forse in causa della stessa morte dell'industriale, il capitale circolante necessario. Con una dilazione di tre o di sei mesi si potrebbe trovare tutta la somma necessaria per pagare tutti i debiti e continuare l'industria. Perchè costringere l'erede o a far dichiarare il fallimento del defunto amico o a chiedere in proprio nome il beneficio della moratoria, se per i suoi debiti personali ha i mezzi sufficienti, quand'anche a lui manchino quelli per pagare i debiti del *de-cuius?*

**30.** Il Progetto definitivo sul concordato preventivo (art. 35) stabilisce che: « possono chiedere la convocazione dei creditori per proporre il concordato preventivo anche gli eredi di un commerciante, che abbiano dichiarato di

accettare la eredità col beneficio dell' inventario e non ne siano decaduti, se la domanda era proponibile dal loro autore ed è presentata entro tre mesi dalla sua morte, » e che « il ricorso produce l'effetto che il patrimonio del defunto serve a soddisfare i creditori di lui ed i legatari preferibilmente ai creditori degli eredi, esclusa ogni causa di prelazione che non sia anteriore all'apertura della successione ». La Relazione della sotto-Commissione compilatrice del Progetto preliminare sul concordato preventivo osservava (pag. 94) che dalla Commissione che compilò il Progetto preliminare dell'attuale Codice di commercio fu elevata la questione (*Verb.*, N. 765) se il termine di un anno concesso ai creditori per chiedere la dichiarazione del fallimento di un commerciante morto in istato di cessazione dei pagamenti, non dovesse restringersi, per metterlo in armonia col termine di tre mesi, entro il quale, a tenore dell'articolo 2057 del Codice civile, può essere domandata la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede. « Siccome, così il verbale (N. 765), lo scopo della dichiarazione del fallimento è identico a quello attribuito dall'articolo 2055 del Codice civile alla separazione dei patrimoni non può dubitarsi che identici sieno gli effetti, nell' interesse della massa dei creditori ». Pareva adunque, diceva la sotto-Commissione, che, concedendo un termine più lungo per la dichiarazione del fallimento, si venisse ad alterare il sistema stabilito dal Codice civile con pregiudizio degli eredi, i quali, nel tempo trascorso dopo il termine perentorio concesso alla domanda di separazione, devono ritenersi in diritto di disporre della eredità. « Considerando per altro, prosegue il Verbale, che se il termine di tre mesi deve ritenersi sufficiente per i casi ordinari di successione, esso

sarebbe soverchiamente breve nelle successioni dei commercianti per la quantità degli affari pendenti e per la necessità di lasciare ai creditori il tempo necessario per determinarsi a ciò che meglio convenga nel loro interesse; che se riesce ora impossibile introdurre una modificazione nelle disposizioni del Codice civile, nulla osta che in riguardo alle eredità dei commercianti, si adotti un termine eccezionale; che infine la disposizione del Codice vigente non ha dato luogo finora a difficoltà nella pratica; la maggioranza delibera di conservarlo ».

La sotto-Commissione compilatrice del Progetto sul concordato preventivo ritenne che, qualunque sia il giudizio sull'esattezza dell'affermazione che lo scopo e le conseguenze della separazione dei patrimoni sieno per i creditori le stesse del fallimento, non fosse opportuno pareggiare per ora il termine concesso all'erede per chiedere la convocazione dei creditori del defunto all'effetto di proporre un concordato a favore dell'eredità beneficiata, al termine che il Codice civile concede ai creditori per chiedere la separazione dei patrimoni e all'erede che è nel reale possesso della eredità, per fare l'inventario (art. 959 Cod. civ.); che l'erede non ha bisogno di attendere lo svolgimento delle operazioni per determinarsi alla grave risoluzione di chiedere il concordato; e che egli che è in possesso dell'eredità, investigando col sussidio delle carte e dei libri lo stato dell'azienda, adotta il partito di offrire ai creditori un concordato a tutela del buon nome commerciale e privato del proprio autore e forse per mantener vivo l'avviamento dell'impresa e così sfruttare col proprio lavoro, senza vincoli di precedenti impegni, lo stesso campo di operosità del defunto. — Perciò il Progetto sul concordato preven-

tivo esige tre condizioni perchè gli eredi possano profittare di questo beneficio: 1° che abbiano dichiarato di accettare l'eredità col benefizio di inventario e non ne siano decaduti; 2° che la domanda per la convocazione dei creditori sia da essi proposta nel termine perentorio di tre mesi dalla morte del loro autore; 3° che la domanda fosse da costui proponibile. — E queste tre condizioni sono giustificate nella Relazione coi seguenti termini: « Si giustifica la prima condizione perchè: o gli eredi hanno accettata la eredità puramente e semplicemente, ed è avvenuta la confusione irreparabile dei patrimoni; o rinunciarono alla eredità, ed esiste una massa di beni devoluta alla liquidazione ed al soddisfacimento dei creditori della eredità. Il concordato suppone un debitore che lo proponga, o un suo rappresentante per lui. — Si giustifica la seconda per la necessità già accennata di pareggiare il termine utile per la domanda di concordato e quello per la separazione dei patrimoni. — Si giustifica la terza, perchè beneficiato dal concordato è il defunto; i requisiti per ottenerlo devono quindi concorrere in lui. Certo, ammettendo il principio, sancito dal Codice di commercio in vigore, che possa dichiararsi il fallimento di un commerciante morto insolvente (art. 690, 2° alin.) sarebbe ingiusto negare agli eredi il mezzo di sfuggire, se è possibile, alle conseguenze di un avvenimento disastroso economicamente e moralmente. Non è però soltanto una ragione di giustizia, ma l'interesse stesso dei creditori, che persuade della bontà del provvedimento. La situazione del debitore beneficiato, che ha l'obbligo di amministrare e liquidare per conto dei creditori del defunto e dei legatari il patrimonio ereditario, è fra le più anormali, nè lascia tranquilli i creditori che, in

difetto di opposizioni e della separazione dei patrimoni, possono veder svanire quella obbligazione reale dei beni ereditari in cui si concentra ormai ogni loro garanzia. La domanda di concordato, facendo scadere i crediti a termine, rende possibile a tutti i creditori del defunto di esercitare contemporaneamente i loro diritti: — attuando il concorso dei creditori, sottrae la sostanza ereditaria alle esecuzioni individuali e toglie di mezzo il conflitto tra la liquidazione volontaria dell'erede e la esecuzione forzata di qualche creditore che la legge civile non esclude; — eliminando infine la *vexata quaestio* sugli effetti della separazione dei patrimoni nel caso che l'erede decada dal beneficio dell' inventario o vi rinunci, consacra il principio equitativo che tutti i creditori del defunto devono ottenere l'eguale trattamento se tra essi non esistono diritti di priorità anteriori all'apertura della successione — e finalmente viene a regolare con una disciplina formale precisa quella cessione dei beni della eredità ai creditori e ai legatari che l'art. 968, 2° alin., del Codice civile consente indeterminatamente all'erede beneficiario. È questo il primo tentativo di sciogliere un problema che affatica dottrina e legislazioni; ed è sperabile che la soluzione sia tale da persuadere ad estenderla a tutte le eredità beneficiate, stabilendo per tal guisa un nesso armonico tra la legge civile e la commerciale, in attesa di congiungerle nella unità di un organismo superiore » (Thaller, *Des faillites en dr. comparé* Vol. I, N. 48; Bonelli, *La personalità giuridica dei beni in liquid. giudiz.* Roma, Ed. Loescher, pag. 135).

**31**. La legge vigente, col suo silenzio, sembra voglia escludere nei creditori il diritto di chiedere la moratoria in nome del loro debitore; ma lascia intatta la questione se

essi possano raggiungere lo stesso scopo coll'azione in surrogazione.

L'art. 1234 del Codice civile in termini generali statuisce che i creditori per il conseguimento di quanto è loro dovuto possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del loro debitore, eccettuati quei diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona del debitore. I diritti e le azioni accennati nell'art. 1234 sono quelli che i creditori trovano nel patrimonio, *qui sunt in bonis*, e cioè i diritti, esistenti che costituiscono la loro garanzia comune, i diritti dei quali essi possono avvantaggiarsi. Non sempre si può dire che un interesse pecuniario puramente indiretto basti a far considerare patrimoniale il diritto e l'azione che vi si riferisce. Nessun dubbio può sussistere quanto al diritto, che è esclusivamente personale, di chiedere la moratoria, perchè, se anche questo diritto facesse parte del patrimonio sarebbe di natura tale da non potersi esercitare senza il consenso del debitore. Questo diritto deve essere annoverato tra i *jura personis ipsis connexa,* perchè il diritto di chiedere la moratoria non è un pegno che i creditori trovino nel patrimonio, ma un diritto che soltanto il debitore possiede e il di cui esercizio è unicamente subordinato ad un atto di volontà, e che implica responsabilità personali non solo civili, ma anche penali.

D'altra parte come potrebbesi in pratica esercitare efficacemente una simile azione? La domanda di moratoria, che parte direttamente dal debitore, è spesso indizio della sua buona fede. Egli conosce, meglio di chicchessia, la propria situazione, e, se nel momento stesso della cessazione dei pagamenti si decide a mettersi sotto la protezione della giustizia, egli salvaguarda in modo incontestabile il

suo attivo, rende un segnalato servizio ai suoi creditori e ne è ricompensato dal vantaggio di rimanere alla direzione dei propri affari. I creditori invece, all'atto di citare il loro debitore per ottenere la moratoria, sarebbero nella impossibilità di conoscere il vero stato dei suoi affari. Bisognerebbe che almeno attendessero la cessazione dei pagamenti, perchè se bastassero i sintomi, ossia gli indizi precedenti, il debitore potrebbe contestare il dissesto, ed i creditori dovrebbero darne la prova. Con quai mezzi? Forse ordinando la produzione dei registri, o con perizie? Questi mezzi lunghi e difficili mal si concilierebbero con un procedimento che esige la massima sollecitudine e la cui base essenziale deve essere il libero esame dei creditori riuniti. Di più, lasciando ai creditori la facoltà di chiedere la moratoria per conto del debitore e forse contro sua voglia, bisognerebbe limitare l'esercizio di questa facoltà entro tre giorni dalla cessazione dei pagamenti, perchè il debitore entro questo termine, sotto comminatoria di pena, deve fare la dichiarazione della cessazione, che ha per effetto la dichiarazione di fallimento. — E se il fallimento deve essere dichiarato come potrebbe continuare la procedura iniziata dai creditori per ottenere la moratoria?

**32**. Anche le società commerciali possono chiedere la moratoria, poichè sono enti collettivi distinti dalle singole persone dei soci (art. 77 Cod. comm.), che la legge sotto molteplici rapporti, assimila alle persone fisiche. Le società, come le persone fisiche, possono fare tutte le operazioni commerciali, hanno un attivo ed un passivo, e, se il loro fallimento può esser dichiarato (art. 846 Cod. comm.), devono poter ricorrere anche al mezzo destinato ad evitarlo (Tartufari, *La Moratoria,* n. 21).

La Corte d'appello di Torino (Decis. 17 settembre 1883 in causa della Banca di Savigliano) osservava che ad escludere le società commerciali dal beneficio della moratoria non valgono nè i termini adoperati dal legislatore negli articoli 819 e 827 Cod. di comm., nè il fatto che il fallimento delle società commerciali è regolato dalle disposizioni speciali scritte nel titolo VII del lib. III, collocate posteriormente a quello che sanziona la moratoria. L'art. 8 del Cod. di comm. dice che sono commercianti anche le società commerciali. Giustamente considerava la stessa Corte: che la moratoria, instituîta col nuovo Codice in Italia e quella pure vigente in taluni Stati, mirando obbiettivamente a procurare un beneficio alla persona commerciante, o per evitare la pronuncia del fallimento, oppure per paralizzarne gli effetti, se la pronunzia ebbe luogo, il ritenerla inapplicabile ad una società commerciale sarebbe disconoscere lo spirito cui si informa l' instituto della moratoria, e creare un'odiosa eccezione che il legislatore non sanzionò; — che siccome questo instituto mira a tutelare non già le persone, ma le sostanze del commerciante, è vana e senza alcun sostratto giuridico la distinzione fra la persona fisica del commerciante e l'ente collettivo che le società commerciali rappresentano; che anche alla società commerciale si attagliano le parole di *fallito* e di *commerciante* usate dagli articoli 819 e 827; — che se è vero che il legislatore cogli articoli 846-854 Cod. comm., successivi a quelli che disciplinano la moratoria, sanziona norme speciali riguardanti il fallimento delle società commerciali, non ne deriva punto da ciò l' inapplicabilità della moratoria alle società commerciali; che le disposizioni rese necessarie dalla natura loro particolare, e dirette a regolare la carriera del

fallimento nei rapporti dei soci, degli amministratori, dei direttori, dei liquidatori e dei creditori particolari non invalidano le altre disposizioni generali che regolano il fallimento di qualsiasi altra persona commerciale, che sono pure applicabili alle società commerciali e non contengono disposizione alcuna, dalla quale, senza contraddire allo scopo dell'instituto della moratoria, si possa o si debba desumere che si intese con esse di escludere le società commerciali dal beneficio della moratoria; che, finalmente, avendo la domanda di moratoria per iscopo di evitare, nell'interesse generale dei soci, la dichiarazione di fallimento, affinchè fossero il meno possibile pregiudicati i comuni interessi sociali, non si può ritenere che gli amministratori sociali eccedano le loro attribuzioni proponendola.

**33.** Il Progetto definitivo sul concordato preventivo (art. 1) stabilisce che le società commerciali regolarmente costituite possono proporre un concordato preventivo a mezzo di coloro che hanno la firma sociale, ma che i patti e le condizioni del concordato devono però, prima dell'adunanza dei creditori, essere approvati nel modo stabilito dallo statuto sociale o dalla legge per lo scioglimento anticipato della società debitrice. La sotto-Commissione nella sua Relazione (pag. 45) giustamente osservava che col consentire questo beneficio alle sole società regolarmente costituite, ossia a quelle che hanno adempito alle formalità prescritte dal Codice di commercio, si intese di stabilire una nuova comminatoria, indiretta ma efficace, per ottenere il rispetto della legge e quindi la costituzione regolare di quei potenti organismi economici che sono le società commerciali. « In realtà, dice il prof. Leone Bolaffio nella detta Relazione, senza la completa esecuzione delle formalità prescritte dalla legge non

esiste una società quale ente collettivo distinto dai soci, capace di diritti e di obblighi, perchè è in seguito al compimento di quelle formalità che il contratto sociale di carattere privato assume valore ed efficacia di documento di diritto pubblico attributivo di personalità giuridica. » (vedi in seguito n. 41).

Il progetto preliminare stabiliva che i patti e le condizioni del concordato dovessero essere approvati nel modo stabilito dallo statuto sociale o dalla legge per la *liquidazione* della società, ma la Commissione considerando che è normale che gli statuti sociali contemplano espressamente la ipotesi dello *scioglimento anticipato,* e che, in caso di silenzio, provvede l'art. 158 n. 1 Cod. comm., con la esatta indicazione delle maggioranze richieste per tale scioglimento nelle società per azioni, ritenne di agevolare la conclusione del concordato, sostituendo nel Progetto definitivo, alla *liquidazione,* le parole: *lo scioglimento anticipato.*

**34.** Il socio in nome collettivo può ottenere la moratoria od il concordato preventivo quand' anche la società, della quale egli è parte, sia dichiarata in istato di fallimento. — Ciò non contraddice al principio che il fallimento di una società in nome collettivo produce anche il fallimento dei soci responsabili senza limitazione (art. 847 Cod. comm.). È bensì vero che la constatata cessazione dei pagamenti da parte delle società implica la constatazione della cessazione dei pagamenti da parte del singolo socio solidariamente obbligato (art. 76 n. 1 e 106 Cod. comm.), e che la società collettiva non cadrà in fallimento finchè taluno dei soci paghi tutti i debiti sociali. — Ma può ben darsi il caso che il singolo socio e non la società, oppure che l'ente sociale e non il singolo socio, possa invocare a suo

favore avvenimenti straordinari, impreveduti od altrimenti scusabili; che per ciò sia ritenuto degno l'uno e non l'altro di ottenere la moratoria o il concordato, e che i creditori vogliano concedere questo beneficio all'ente sociale e non al socio o viceversa. L'asse della società fallita e quello di ciascun socio nel fallimento devono essere tenuti distinti tanto nella formazione dell'inventario, quanto nelle operazioni dell'amministrazione e della liquidazione dell'attivo e del passivo (art. 847 capov. 3° Cod. comm.) e i creditori possono consentire ad un concordato anche in favore di uno o più tra i soci responsabili senza limitazione (art. 854 Cod. comm.) senza consentirlo a favore della società. Se le instituzioni della moratoria e del concordato amichevole non coincidono sempre col concordato in fallimento, esse sono nondimeno inspirate dal medesimo principio di definire i rapporti fra il debitore ed i creditori. Le differenze che sussistono tra queste instituzioni non si oppongono a che si conceda la moratoria od il concordato preventivo al socio in nome collettivo e non alla società e viceversa, dal momento che si potrebbe stipulare un concordato separato e distinto da quello della società; tanto più che la massa dei creditori sociali è ben diversa dalla massa dei creditori del singolo socio poichè coi creditori del singolo socio concorrono anche i creditori sociali nelle deliberazioni riguardanti l'interesse del patrimonio individuale di ciascun socio (art. 847 ult. capov. Cod. comm.) mentre coi creditori sociali non concorrono i creditori individuali in quanto riflette il patrimonio della società.

Però i singoli soci della società in nome collettivo non hanno bisogno di chiedere la moratoria od il concordato preventivo riguardo ai debiti sociali, quando alla società sia stata

già concessa la moratoria o sia stato già consentito il concordato preventivo perchè la moratoria ottenuta dalla società deve, quanto ai debiti sociali soltanto, produrre i suoi effetti anche a favore dei suoi membri. — Se il fallimento di una società in nôme collettivo o in accomandita semplice produce anche il fallimento dei soci responsabili senza limitazione (art. 847 Cod. comm.), è logico ed imprescindibile, non ostante il silenzio della legge, che la moratoria ottenuta dalla società, giovi anche ai singoli componenti delle medesime per i debiti sociali, non ostante la loro responsabilità personale e solidale (art. 106 e 114 Cod. comm.). I creditori della società, la quale abbia ottenuta la moratoria, non potranno pretendere il pagamento dei loro crediti dai singoli soci fin che dura la moratoria.

È bensì vero che tutti i beni personali dei singoli associati costituiscono il pegno dei creditori della società, e che questi ultimi hanno interesse di conservare intatto questo pegno in caso d'insufficienza del patrimonio sociale; è vero altresì che ogni socio in nome collettivo risponde coi suoi proprii beni dei debiti sociali; ma il singolo socio ha questa obbligazione soltanto quale fideiussore, quale garante quasi con beneficio di escussione, poichè i creditori della società nulla possono pretendere dai singoli soci prima di aver esercitata l'azione contro la società (art. 106 Cod. comm.). La moratoria della società non prova che il patrimonio sociale non basti al completo adempimento delle obbligazioni sociali ed il creditore, finchè dura la moratoria, non può esercitar l'azione contro la società; bisogna ch'egli attenda il termine o la revocazione della moratoria. — I creditori, consentendo al concordato preventivo a favore della società rinunziano all'obbligazione in solido dei singoli soci (art. 1196

Cod. civ.); poichè non vengono a ricevere separatamente dalla società la *parte* dovuta da questa, ma il *tutto;* non basterebbe quindi nemmeno la riserva nella quietanza per conservare verso i singoli soci l'azione solidale, perchè col concordato preventivo, sia che i creditori si obblighino ad attendere, sia che si accontentino di un dividendo, vengono, colla dilazione o colla rimessione, ad interdirsi ogni azione sussidiaria verso i singoli soci. Il vincolo solidale di questi ultimi si limiterà quindi alla nuova obbligazione che la società si assume col concordato preventivo.

Distinguendo nettamente l'ente obbiettivo dagli individui che compongono la società si può prevedere l'ipotesi che i soci solidalmente responsabili non vadano fra loro d'accordo sull'opportunità della domanda di un concordato sociale. In questo caso è certo che ciascun socio potrà sempre chiedere personalmente la moratoria, per evitare le disastrose conseguenze che il fallimento della società rovescierebbe su di lui.

**35.** In tesi generale, io credo che la domanda di moratoria da parte del socio non autorizzi gli altri soci a prevalersi di una risoluzione di pien diritto del contratto che li lega; essi non potranno ottenere lo scioglimento della società se non quando il socio manchi alle sue obbligazioni o si trovi nella manifesta impossibilità di adempiervi. La moratoria, se ha per iscopo di evitare il fallimento, non può esser assimilata al fallimento agli effetti degli articoli 1729 n. 4 e 1757 Cod. civ., e 191 Cod. comm.

**36.** Le società in accomandita semplice e per azioni possono esse pure chiedere ed ottenere la moratoria. Nelle accomandite semplici o per azioni l'accomandatario responsabile senza limitazione delle obbligazioni sociali sarà il

solo autorizzato a chiedere la moratoria, fermo negli accomandatari l'obbligo di versare nella massa sociale i promessi conferimenti. L'accomandatario, che avesse fatto atti di amministrazione, producenti diritti ed obbligazioni alla società, rendendosi così responsabile senza limitazione e solidariamente verso i terzi per tutte le obbligazioni della società (art. 118 Cod. comm.), non perciò potrebbe ottenere la moratoria, poichè per questo fatto isolato non potrebbe essere considerato commerciante, a menocchè non avesse fatti atti di amministrazione per professione abituale.

Lo stesso dicasi di colui che avesse lasciato, in onta al disposto degli art. 105 e 114 Cod. comm., figurare il suo nome nella ragion sociale. Non ostante la responsabilità solidale ed illimitata, nella quale perciò incorrerebbe, non potrebbe ottenere la moratoria, perchè questo fatto imprudente o prodotto da ignoranza, sebbene possa compromettere tutta la sua sostanza, non farebbe di lui un commerciante, quando degli atti di commercio non avesse fatto professione abituale.

**37.** E la Società anonima potrà essa ottenere la moratoria? Per la negativa si adduce che il fallimento scioglie la società (art. 189 n. 4 Cod. comm.), e che il mandato degli amministratori vien revocato col fatto della scomparizione dell' ente collettivo distinto che lo ha loro conferito (art. 1757 Cod. civ.). Ma non è vero che collo scioglimento della società anonima scomparisca l'ente collettivo, poichè esso continua a vivere a determinati effetti, come a quello della liquidazione. La società anonima, quand'anche sciolta per fallimento, può validamente stipulare il concordato; il concordato in fallimento non è subordinato alla cessazione degli affari. Anzi il concordato di solito

è stipulato allo scopo che la società possa continuare a vivere e ad esercitare il proprio commercio o la propria industria. Se anche il suo organismo non funziona più quanto alle nuove operazioni ha tuttavia una rappresentanza, ha tuttavia debiti e crediti ai quali deve poter provvedere anche colla moratoria sia prima che dopo la dichiarazione di fallimento.

Se può fallire, a maggior ragione deve poter evitare il fallimento, ottenendo dilazioni convenzionali o giudiziali.

I legali amministratori rappresentanti della società potranno domandare la moratoria anche senza bisogno di speciale autorizzazione, poichè, come giustamente osserva il M. Vita-Levi (*La Moratoria*, § 47), qualora il Consiglio di amministrazione di una Società anonima dovesse far capo agli azionisti ogni qualvolta occorra domandare una dilazione ai pagamenti, affretterebbe indubbiamente quella rovina che si desidera di evitare, ed anzi renderebbe nel più dei casi inattuabile il rimedio della moratoria.

**38.** I soci, i promotori, gli amministratori e tutti coloro che contraggono personali ed illimitate responsabilità, per le società non ancora legalmente costituite fino all'adempimento delle formalità prescritte dalla legge (art. 98 Cod. comm.) non perciò possono ottenere la moratoria, se non sieno commercianti in ragione di fatti indipendenti dalle cause delle responsabilità suindicate. Non diventano commercianti sol perchè contraggono quella responsabilità, che è determinata dalle regole del diritto civile relative al mandato.

**39.** Le cooperative possono assumere le forme delle società commerciali, esercitare per professione abituale atti di commercio; quindi possono chiedere ed ottenere la mo-

ratoria, perchè essendo anch'esse in tali casi sottoposte alle regole che riguardano il fallimento, non vi sarebbe ragione alcuna per confiscar loro il diritto d'usufruire di quel mezzo che ha per intento di evitare il fallimento o di far sospendere le operazioni del fallimento già dichiarato.

**40.** Le associazioni in partecipazione, non costituendo di fronte ai terzi enti collettivi distinti dalle persone degli interessati (art. 235 Cod. comm.), non possono ottenere la moratoria; potranno ottenerla soltanto gli interessati in quanto sieno commercianti indipendentemente dall'associazione.

**41.** Una società illegalmente costituita, ossia una società di fatto, può essa ottenere la moratoria? La Cassazione di Roma (Decisione 14 giugno 1892 in causa Laurenti-Spada) ha risolto la tesi in senso affermativo. La Cassazione romana, pur riconoscendo che le pubblicazioni e le altre formalità volute dalla legge hanno per iscopo di garantire l'interesse dei terzi, ritiene applicabili « tanto nelle relazioni dei soci coi terzi quanto nelle relazioni dei soci fra loro, le sanzioni di legge che si sarebbero dovute tener presenti se tutte le formalità prescritte per la sua giuridica costituzione si fossero adempite ». Osserva la detta Cassazione: che la legge riconosce nelle società illegalmente costituite « la piena funzionabilità in sino a che a qualsiasi dei soci non fosse piaciuto di recedere dalla società mediante dichiarazione notificata »; che non bisogna confondere la esistenza della società con la sua costituzione *ad normam juris;* che altrimenti vi sarebbe aperta antinomia tra l'articolo 98 e l'articolo 99 del Codice di commercio; e che appunto non disconoscendo vita ed essenza nella società di fatto, per togliere di mezzo

la società ha concesso al socio un' azione di risoluzione e non un' azione di nullità del contratto. — Ma la Cassazione di Roma non mi pare abbia colto nel segno lo spirito della legge. Avendo le prescritte formalità l'unico obbiettivo di garantire l'interesse dei terzi, si dovea riconoscere e si riconobbe nei soli rapporti fra i soci la validità e l'efficacia del contratto sociale; non si dovea nè si poteva riconoscerne l'efficacia nei rapporti coi terzi. Perciò saggiamente, esclusa la azione di nullità nei rapporti fra soci, come sanzione pel difetto delle formalità si volle concedere a ciascun socio soltanto la facoltà di risolvere ad ogni momento la società di fatto. Ma nei rapporti coi terzi, data la nullità, non si potea ammettere che del difetto di formalità dettate nell'esclusivo interesse dei terzi, potessero prevalersi i soci a danno dei terzi ed a proprio vantaggio. Gli è perciò che la legge all'art. 99 stabilisce come regola generale che la mancanza delle formalità non può essere dai soci apposta ai terzi e ciò senza contraddire l'altro principio proclamato nell' art. 98. È perfettamente ragionevole ed equo che una società nulla, che ha assunto le sembianze di regolare esistenza, che ha trattato coi creditori di buona fede e li ha forse indotti in errore, non possa nell'ora del naufragio ed all' intento di sottrarsi alle responsabilità incorse invocare l'illegalità della sua costituzione; *Nemo auditur suam turpitudinem allegans.* È in favore dei creditori e nell' interesse dei creditori che si ammette il fallimento di una società nulla; i terzi, siccome, data la nullità di fronte a loro, devono poter attribuire a questa società il valore che i soci stessi le hanno sempre attribuito, così devono poter reclamare contro della medesima tutte le garanzie della legge commerciale e specialmente la proce-

dura del fallimento. Ma la cosa è ben diversa quanto alla domanda di moratoria. Sino a che non sieno adempite le formalità ordinate dalla legge la società non è legalmente costituita sebbene valida ed efficace nei rapporti fra i soci, sebbene abbia fra loro piena esistenza finchè taluno dei soci non ne chieda la risoluzione; sebbene i soci non possano prevalersi della nullità della medesima di fronte ai terzi, la società di fatto non può costituire una individualità distinta dai soci, nè possedere nè esercitare dei diritti proprii; essa non costituisce che una riunione di associati i quali possiedono nella comunione diritti distinti e personali. Una tale comunione non potrebbe chiedere moratoria a nome di un ente giuridico che non esiste. Autorizzando in tal caso la procedura della moratoria si sottrarrebbe ai creditori dei singoli soci quella garanzia che i beni, sia pur comuni, dei lori debitori dovrebbero offrire e sui quali non potrebbero aver preferenza i sedicenti creditori sociali; questi beni non potrebbero costituire proprietà di un ente collettivo inesistente di fronte ai terzi, nè il pegno unico di creditori sociali. — Se nell'interesse dei terzi può essere chiesto il fallimento, se non altro per poter distinguere i creditori che, ingannati da fallaci apparenze, han fidato ad una società di fatto, dai creditori che han fidato ai singoli soci, non perciò si potrà ammettere la domanda di moratoria di una società nulla nei rapporti coi terzi.

Ho già notato (n. 33) che anche il Progetto definitivo all'art. 1 stabilisce che le sole società commerciali *regolarmente costituite* possono proporre il concordato preventivo e che anche la sotto-Commissione compilatrice di quel progetto ritenne che « senza la completa esecuzione delle formalità prescritte dalla legge **non esiste** una società,

quale ente collettivo distinto dai soci, *capace di diritti ed obblighi.* »

**42.** I minori e le donne maritate, che si fossero dedicati al commercio senza le autorizzazioni volute dalla legge (art. 9 e segg. Cod. comm.), non potrebbero essere ammessi al beneficio della moratoria, perchè non potrebbero legalmente essere considerati quali commercianti.

Però di fronte alla donna maritata che chiede la moratoria, domanda che presuppone il notorio esercizio del commercio, raro sarà il caso in cui si possa opporre il difetto di autorizzazione maritale, che basterebbe fosse stata tacita.

**43.** Gli stranieri, sia individui che enti collettivi, quando siano commercianti potranno ottenere la moratoria, perchè lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini (art. 3 Cod. civ.). Lo straniero che viene ad esercitare in Italia il commercio o l'industria concorre alla prosperità del paese nostro; i connazionali approfittano del suo lavoro; perchè la loro sorte dovrebb'essere diversa da quella dei debitori italiani? Una diversità di trattamento non potrebbe recare altro effetto che quello di eccitare rappresaglie. Quando lo straniero contrae obbligazioni in Italia o possiede beni o stabilimenti principali o secondari nel territorio del Regno egli viene ad approfittare della legge italiana, e può essere dichiarato fallito dai nostri tribunali. Data la possibilità del fallimento non è possibile negargli il mezzo di evitarlo. Il fallimento dello straniero, dichiarato all'estero, ma non reso esecutorio in Italia, non potrebbe costituire ostacolo alla concessione della moratoria, senza ferire il principio della sovranità territoriale.

**44.** Il debitore, la cui domanda di moratoria fosse ri-

conosciuta ingiustificata e che perciò fosse stato dichiarato in istato di fallimento (art. 828 ult. alin. Cod. comm.) potrebbe egli in seguito ridomandare la moratoria? (art. 819 Cod. comm.). Non sarebbe ragionevole, a parer mio, d'attribuire all'intenzione del legislatore la proibizione assoluta di una nuova moratoria in tale caso. La rejezione della prima domanda di moratoria non costituirà sempre cosa giudicata. La procedura del fallimento può offrire in seguito quelle prove che alla prima domanda non si presentarono o non si poteano presentare relativamente agli avvenimenti straordinari e impreveduti od altrimenti scusabili; e nuove imprevedute risorse possono far sì che quell'attivo, che prima del fallimento apparisse inferiore al passivo, venga poi a superare quest'ultimo.

**45.** Il debitore non può preventivamente rinunciare alla facoltà di chiedere la moratoria. — È vero che soltanto l'ordine pubblico ed il buon costume possono rendere illecita la rinuncia ai proprii diritti; ma, come giustamente osservano e Renouard (op. cit.) e il Calamandrei (*Del fallimento,* art. 819, n. 619), coll'interdire a sè stesso la domanda di moratoria, il debitore rinuncierebbe ad un beneficio instituito non solo nell'interesse del debitore, ma anche a vantaggio dei creditori. Molto opportunamente osserva il Calamandrei che non sarebbe ammissibile che un creditore, al quale il debitore avesse fatto preventiva rinuncia di moratoria, potesse procedere, contro le disposizioni di legge, ad una esecuzione contro il debitore stesso, danneggiando in tal modo gli altri creditori interessati a prevenire una liquidazione precipitata e disastrosa, e che non sarebbe ammissibile che un debitore godesse la moratoria di fronte ad alcuni creditori e non la godesse di fronte ad altri.

**46.** Chi abbia fatto opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento potrà egli chiedere la moratoria? L'articolo 693 Cod. comm. riconosce nel fallito il diritto di far opposizione alla sentenza dichiarativa del fallimentro entro otto giorni dell'affissione della sentenza medesima. Potrà il debitore esercitare questo diritto e contemporaneamente chiedere la moratoria? Nella Commissione legislativa la minoranza, contraria all'instituto, facea voti affinchè si provvedesse almeno a *che il giudizio sull'ammessione della moratoria, nel caso di fallimento già dichiarato, esaurisca anche il giudizio di opposizione aperta al fallito contro la sentenza che lo dichiara;* e la maggioranza diceva: *Poichè la legge consente in certi casi al fallito il diritto di fare opposizione alla sentenza dichiarativa del fallimento, questo diritto non può essergli sottratto, perciò che gli è data facoltà di proporre una domanda di moratoria. I due giudizi hanno termini, condizioni e scopi diversi e l'accumularli di pieno diritto potrebbe mettere il debitore in una posizione difficile, senza che sia perciò vietato al Tribunale il conoscere, secondo le circostanze in ogni singolo caso, se gli convenga di decretare l'unione delle due cause* (*Verb.*, N. 918).

Io non arrivo a comprendere come si possa affermare che sarebbe stato più rispondente ai desiderii della scienza ed ai bisogni della pratica il creare ostacolo alla facoltà di promuovere la moratoria e in pari tempo di impugnare la sentenza dichiarativa di fallimento (M. Vita-Levi, op. cit., § 14; Vidari, *Corso di dir. comm.*, vol. VIII, n. 4866. - In contrario: Tartufari, *La Moratoria,* nn. 27-32). A mio avviso invece sarebbe iniquo il vietare a chi ha chiesto la moratoria di far opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento o viceversa; se chi domanda una dilazione am-

mette implicitamente che in quel momento non si trova in condizioni normali non ammette però di essere in istato di fallimento. L'errore consiste appunto nel ritenere che la moratoria presupponga necessariamente lo stato legale di fallimento.

Ed il M. Vita-Levi (op. cit., § 48), partendo appunto da questo erroneo presupposto, addebita di strana anomalia la legge, perchè obbliga il debitore in istato di cessazione dei pagamenti, sotto comminatoria di grave pena, di dichiarare il suo fallimento e *nella stessa condizione economica,* com'egli dice, lo abilita a chiedere la moratoria. L'anomalia non sussiste, appunto perchè la legge distingue la crisi passeggera, alla quale la sola dilazione può recare rimedio efficace, dall'imbarazzo da cui non si può uscire senza ricorrere, in tempo più o meno breve, all'espediente del fallimento; e cioè quando la condizione economica è *diversa,* e non la *stessa,* accorda la moratoria appunto come mezzo di evitare il fallimento. Il fallimento però non si rivela con un semplice imbarazzo, ma bensì colla effettiva cessazione dei pagamenti. L'apparente insolvenza non equivale alla cessazione dei pagamenti, e la moratoria, che ha per iscopo di evitare il fallimento, può essere chiesta anche prima che la cessazione dei pagamenti siasi verificata. Il Tribunale può essere incorso in errore dichiarando il fallimento. I creditori potevano essere nell'impossibilità, al momento in cui chiedevano la dichiarazione di fallimento, di conoscere con esattezza la condizione del loro debitore. Questi la conosce meglio di qualunque altro, e se, nonostante la cessazione dei pagamenti, o anche prima, opponendosi al fallimento chiede di essere posto sotto la protezione della giustizia, egli salvaguarda in modo incontestabile il suo attivo, chie-

dendo contemporaneamente la moratoria. La domanda di moratoria anche dopo la dichiarazione di fallimento, contro cui si reclama e precedente la cessazione effettiva dei pagamenti non potrebbe di per sè sola legittimare la dichiarazione di fallimento. Nè vi sarebbe punto impossibilità giuridica di vedere accolte nello stesso tempo le due non opposte pretensioni; perchè nulla di strano presenterebbe la revoca della sentenza dichiarativa colla contemporanea concessione della moratoria. I termini, le condizioni e lo scopo dei due procedimenti, sebbene sieno diversi, non potrebbero costituire ostacolo alla loro contemporaneità, poichè anzi nell'uno si potrebbero trovare le condizioni determinanti dell'altro. Nella esclusione della moratoria si potrebbe riscontrare appunto la ragione per respingere l'opposizione, e viceversa; la revoca della dichiarazione di fallimento potrebbe offrire argomento sufficiente per la concessione della moratoria. Anzi la possibilità di giudicati contraddittori giustificherebbe la riunione delle due cause, che potrebbe effettuarsi non ostante la diversità dei termini. Sebbene il giudizio di opposizione debba essere promosso in contraddittorio del curatore (art. 693 Cod. comm.), mentre la moratoria si chiede con ricorso, la riunione dei due giudizi non diventa perciò impossibile, tanto più che è lo stesso Tribunale che deve decidere dell'una e dell'altra causa. Non sarebbe applicabile il procedimento indicato dall'articolo 827 alinea, poichè in tal caso il fallimento sarebbe stato già dichiarato, quindi la verificazione preliminare spetterebbe al presidente e non al Tribunale, ed il Tribunale della moratoria dovrebbe giudicare in pubblica udienza ed in contraddittorio. Il presidente, personalmente investito del giudizio sull'ammissibilità preliminare della domanda di

moratoria, potrà sempre a' sensi dell'art. 229 del Regolamento generale giudiziario, prescrivere l'unione delle due cause aventi per oggetto l'una la domanda di moratoria e l'altra l'opposizione alla sentenza dichiarativa del fallimento, od almeno ordinare che le due cause sieno chiamate alla stessa udienza perchè il Tribunale possa giudicare della loro riunione. Naturalmente il presidente darà questo provvedimento solo dopo aver verificata la presentazione dei libri, del bilancio e dell'elenco dei creditori e dopo la convocazione dei creditori da lui ordinata (art. 820 Cod. comm.); che se invece egli ritenesse improcedibile la domanda di moratoria per mancata presentazione delle prove richieste dalla legge, il giudizio di opposizione seguirebbe il suo corso, senza la possibilità di un contrasto, poichè il fallimento potrebbe essere revocato, non ostante che fosse rigettata la domanda di moratoria, o perchè il debitore non fosse commerciante o perchè mancasse la effettiva cessazione dei pagamenti.

**47.** Se la moratoria è un favore concesso soltanto ad una certa categoria di debitori, questi però non possono ottenerla se non a date condizioni e con certe forme richieste dalla legge, perchè questo favore costituisce in certo modo, una specie di espropriazione dei diritti della minoranza; è quindi ragionevole che la concessione sia circondata da formalità e garanzie aventi per iscopo di limitarla ai soli casi pei quali fu riconosciuta legittima e di salvaguardare l'interesse dei creditori.

La legge vigente, al lodevole intento di non dar adito a dannosi arbitri, ritenne di evitare tutti gli inconvenienti derivanti dal troppo elastico concetto della scusabilità, esigendo che il debitore debba giustificare con valide prove

che *avvenimenti straordinari e impreveduti od altrimenti scusabili* l'abbiano posto nella condizione di non poter puntualmente adempiere alle sue obbligazioni. Non è possibile di definire questa condizione; da questi fatti la legge trae la presunzione che il debitore sia disgraziato e di buona fede, ossia che sia rimosso con ciò ogni lontano dubbio sulla colpa e negligenza di lui. Se i fatti addotti dal debitore sieno o no avvenimenti straordinari, impreveduti od altrimenti scusabili sarà questione di fatto, variabile secondo le circostanze e gli individui, questione che dev'essere perciò interamente abbandonata all'apprezzamento dei Tribunali. Avvenimenti straordinari ed impreveduti saranno evidentemente le guerre, gli incendi, le inondazioni, i fallimenti, i furti, le epidemie, ecc. Naturalmente che, anche date le più valide prove di tali avvenimenti, il giudizio sul rapporto da causa ed effetto tra questi fatti e la cessazione dei pagamenti sarà intieramente rimessa all'apprezzamento del giudice. Se tutti i creditori, i primi interessati, si dichiarassero soddisfatti non ci sarebbe ragione di esagerato scrupolo nel giudicare scusabili le cause del dissesto economico, perchè, in fin de' conti, essi sono i migliori giudici del loro interesse; ma i diritti eminentemente rispettabili dei creditori opponenti, non potendo essere sacrificati con leggerezza, esigono che il beneficio della moratoria non sia concesso che al solo debitore che meriti veramente tal beneficio. Il giudice, pur avendo la facoltà di apprezzare le circostanze speciali, è incaricato di salvaguardare un interesse di prim'ordine di non incoraggiare che la sola probità commerciale.

La Commissione compilatrice del Codice vigente diceva: « La moratoria non dev'essere un mezzo per intralciare

o ritardare il corso della procedura del fallimento ma solo un provvedimento diretto a prevenire gli effetti di un imbarazzo momentaneo. Perciò essa non può aver luogo, se l'imbarazzo, per il quale è ammessa sia prodotto dalla negligenza o dall'incuria di chi la chiede o questi non sia in grado di soddisfare integralmente col suo patrimonio alle obbligazioni contratte. La domanda di moratoria deve quindi appoggiarsi alla prova di un doppio ordine di fatti, relativi alle cause del disordine economico ed alla condizione che questo derivi da un imbarazzo momentaneo, a togliere il quale null'altro occorra se non la dilazione domandata. »

« Nel determinare le cause che possono autorizzare quella domanda, la legge non può prevedere nè definire tutti gli avvenimenti straordinari ed impreveduti, coi quali essa può essere giustificata, ma, rimettendone l'apprezzamento al criterio del giudice, deve lasciargli in ciò una conveniente latitudine, che gli permetta di mettere a calcolo anche le circostanze soggettive, atte ad escludere la taccia di negligenza o di colpa. E in vista della difficoltà di provare, senza indagini profonde, l'eccedenza dell'attivo sul passivo, credesi necessaria una certa ampiezza nella designazione dei documenti che a tale scopo potranno usarsi, concedendo che si possa supplire al difetto di prove colla prestazione d'idonea garanzia » (*Verb.,* N. 920).

La Camera di commercio d'Aquila chiedeva che sieno specificati gli avvenimenti straordinari e impreveduti o altrimenti scusabili, che possono dar luogo alla moratoria, e che questo provvedimento non resti escluso nei casi disgraziatissimi provenienti da naufragi, incendi, saccheggi, terremoti, ecc., nei quali sia avvenuta la distruzione dei libri e dei documenti del fallito in guisa che questi, anche per

la condizione morale in cui si trova, non possa formare o presentare gli atti e gli elenchi indicati. — Ove pure, dicea quella Camera di commercio, esistano in questi e in altri casi, a favore del fatto, valide giustificazioni, non è sempre facile di dimostrarlo colle sole prove ordinarie, e proponeva che si ammettesse la notorietà dei fatti pubblici e indubitati in tutti quei casi, nei quali la giustificazione con valide prove sia impossibile o non facile. Ma ogni determinazione di prove in tal materia sarebbe stata pericolosa.

La moratoria consente al debitore una gran libertà, e lo mantiene alla testa dei suoi affari, e ciò appunto perchè essa costituisce una misura eccezionale che non può essere accordata che a colui, il quale, provando gli avvenimenti impreveduti od altrimenti scusabili, si dimostra con ciò debitore disgraziato e di buona fede. Il tribunale quindi, secondo lo spirito e la lettera della legge, deve prima di tutto indagare se dalle prove offerte dal debitore sia constatato ch'egli si trovi in imbarazzo per cause indipendenti dal fatto suo, o, se piuttosto queste cause non sieno originate dalla sua imprudenza o dalla sua negligenza. E nel primo caso accorderà la moratoria e nel secondo o dichiarerà il fallimento, se non fu già dichiarato, o respingerà la domanda ordinando la prosecuzione della procedura di fallimento. Se i tribunali italiani hanno fin qui usata troppo indulgenza nella concessione delle moratorie, speriamo che in avvenire vogliano mostrarsi più severi. La legge, richiedendo valide prove sulle cause della cessazione dei pagamenti, riconosce nei tribunali il diritto ed il dovere di esaminare tutte le circostanze di fatto di ogni specie, che vengono a lui addittate ed i creditori devono ritrovare in questo diritto ed in questo dovere del tribunale tutte le garanzie che essi

possono legittimamente desiderare affinchè la moratoria non sia concessa che ai debitori degni di un tal favore. La concessione della moratoria deve equivalere ad un attestato di onestà per colui cui vien fatta ed i tribunali devono persuadersi della opportunità di infondere nel pubblico il convincimento che il debitore, che ottiene la moratoria, non è un disertore nè un traditore, ma un onesto soldato del dovere ferito senza sua colpa. Pur troppo l'abuso della legge infonde nel pubblico un convincimento ben diverso. Spesso i tribunali per tema di contrariare quei creditori, che dichiararono di aderire alla domanda, inclinano naturalmente a seguire il loro voto, per tema di esporli a danni maggiori; ma sarebbe necessaria maggior circospezione, per il rispetto ai diritti delle minoranze. I tribunali non devono abdicare al loro diritto di veto, nemmeno di fronte al desiderio manifestato dalle maggioranze, perchè altrimenti si sopprime una condizione essenziale, la ragion principale della legge, il principale fondamento dell'istituzione. Non può essere accordata la moratoria a chi per propria inettitudine si è ridotto in condizione di non adempiere puntualmente agli obblighi suoi, perchè l'inettitudine non solo non può essere considerata come avvenimento straordinario, imprevisto od altrimenti scusabile, ma toglie anche ogni garanzia ai creditori pel futuro; all'inetto non si può affidare la continuazione dell'amministrazione dei beni, pegno comune dei creditori. La Corte d'appello di Venezia (Sentenza 25 maggio 1891 in causa Zatta-Gardin-Fontana) giustamente osservava che la scusabilità di cui parla l'art. 819 Cod. di comm. deve intendersi nel senso che non sieno mancate nel commerciante quella oculatezza e quella diligente intuizione delle future eventualità che sono il fonda-

mento della vita commerciale. Ed, applicando questo saggio principio alla fattispecie in questione osservava: che potrebbero essere fatti straordinari od impreveduti un incendio, un furto ingente, un naufragio e simili e non già quelli che fossero stati da tanto tempo segnalati e che, aggravandosi progressivamente di mano in mano, costituiscono dei fatti più comuni all'attuale crisi commerciale da rendere quasi passiva l'industria; che se il debitore avesse con ferma energia proceduto alla liquidazione della propria attività, come la prudenza suggeriva, non avrebbe certo provocato il lamentato stato di cose ed i suoi creditori sarebbero stati tutti soddisfatti senza alcun loro danno. Ostinandosi invece a continuare in speculazioni disastrose ed a conservare titoli che andavano un dì più che l'altro perdendo di valore, questo suo contegno non può al certo trovare scusa o giustificazione di sorta.

**48.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo saggiamente riconosce che la procedura di scusabilità non può essere che operazione finale; che la scusabilità non può essere nè bene nè completamente apprezzata che dopo che i risultati del procedimento pel concordato preventivo sieno definitivamente conosciuti e cioè all'atto della omologazione del concordato (art. 23). E difatti non è che in questo momento che la gestione del debitore in sè stessa e nelle sue conseguenze è messa in chiaro ed apparisce sotto tutti i suoi aspetti. Come si potrebbe fare questo esame prima del tentativo di concordato e prima della verificazione dei crediti? Quali elementi utili per pronunciarsi potrebbe avere il tribunale prima di esser chiamato all'omologazione? Se i creditori stessi che fidarono al debitore non sono informati dello stato del debitore, come potrebbe

esserlo il tribunale? Da questo punto di vista della scusabilità, il progetto si limita a richiedere, come condizione dell'omologazione, che il debitore sia *meritevole del beneficio del concordato* e che le *proposte di concordato* sieno *legittime, serie* e presentino *sufficiente sicurezza di esecuzione.* La sotto-Commissione dice nella sua relazione (pag. 12), chc il progetto: « intende, con una formola sintetica, devolvere il sindacato morale e legale al magistrato, il quale dall'apprezzamento delle circostanze contingibili e varie di persone, di tempi, di luoghi e di circostanze, riconoscerà se il debitore è o no meritevole del beneficio di legge che implora. Con ciò non si intese che più largo, più equanime, debba essere codesto apprezzamento; bensì che la sua rigidezza o la sua equanimità si desuma unicamente dall'esame specifico di ogni singolo caso. Vedrà e apprezzerà il giudice, caso per caso, se il debitore si è dato a speculazioni azzardate o leggiere; se troppo facilmente ha prestato garanzie, piegandosi compiacente a quella *cavalleria cambiaria (Wechselreiterei)* che è la peste del commercio e la rovina del credito bancario; se il tenore della sua vita individuale e domestica fu corrispondente ai profitti; se la catastrofe giunse improvvisa per dissesti inattesi o potea prevedersi, scongiurarsi, attenuarsi nelle conseguenze con una sospensione tempestiva del commercio, ecc. ».

« Nel dubbio, continua la Relazione, la rigidezza sarà criterio prevalente; perchè mentre la onestà o la buona fede non esclude la colpa (L. 68 fr. Dig. 18. 1. - L. 32 Dig. 16. 3. - Cons. Bonfante, *La buona fede e il suo rapporto con la teorica dell'errore, Bollett. Ist. di dir. romano*, 1893, f. 85-118) non si è meritevole del concordato senza un rigoroso giudizio del magistrato anche sulla diligenza del debi-

tore, il quale eviterebbe altrimenti le più dure conseguenze che il fallimento trae seco e dalle quali invece il concordato preventivo franca il debitore che lo ha ottenuto: *La crainte de la faillite est le commencement de la sagesse commerciale!* »

**49.** Lodevole è senza dubbio l'intendimento della sotto-Commissione di lasciare al tribunale libertà di apprezzamento di caso in caso e di impedire che col concordato preventivo il debitore in ogni caso possa evitare le più dure conseguenze del diritto pubblico che dal fallimento derivano; ma non si dovea d'altra parte dimenticare che, nell'interesse dei creditori, bisogna evitare il pericolo che il troppo rigoroso giudizio del tribunale non renda impossibile il concordato. Il concordato riguarda principalmente gli interessi pecuniari dei creditori, per lo meno altrettanto che quelli del debitore; ed i creditori spesso hanno interesse di trattare anche coi debitori ai quali si possono imputare certe colpe più o meno gravi. Se per ragioni di diritto pubblico non si può ammettere che il debitore possa sempre sottrarsi alle conseguenze del fallimento, devesi, d'altra parte, evitare il pericolo di punire i creditori per colpe leggerissime del debitore. La scusabilità non deve essere dedotta unicamente dalla situazione morale del debitore e la troppo elastica formula *meritevole di concordato* darebbe luogo in pratica a contraddizioni eguali se non più gravi di quelle alle quali diede luogo la formula dell'articolo 819 del Codice vigente di *avvenimenti straordinari, impreveduti od altrimenti scusabili.* Il sentimento equitativo avrà maggior campo di trionfare, perchè oggi certi giudici riterranno meritevole di concordato anche chi, dopo due o tre fallimenti dolosi, simulando una malattia, od eccitando in altro modo la pietà dei giudici, offrirà un dividendo del

novanta per cento — e domani riterrà immeritevole di tal favore chi per forza di fatale destino si trova per la prima volta nella necessità di chiedere una riduzione dei suoi debiti alla metà o ad un terzo.

Io negherei l'omologazione del concordato soltanto a coloro che fossero stati condannati per dissimulazione di attivo o per simulazione di passivo, per eccessive spese personali o domestiche, per operazioni manifestamente azzardate o per operazioni rovinose allo scopo di ritardare od evitare il fallimento, — o che avessero commesso alcuni di questi fatti prima, o dopo la domanda di concordato.

Nessun altro apprezzamento lascierei al tribunale, in materia in cui è tanto prevalente l'interesse privato dei creditori, la cui tutela non crea ostacoli agli altri provvedimenti di pubblico interesse.

**50.** L'onere della prova degli avvenimenti straordinari, imprevisti od altrimenti scusabili ben a ragione fu anche dalla legge vigente posta a carico del debitore, che chiede la moratoria, perchè *actori incumbit onus probandi*; però, in secondo grado di giurisdizione, quest'onere sarà a carico dell'appellante quando questi si faccia a sostenere la mancanza di avvenimenti di tal natura, poichè, in tal caso, essendo impossibile supporre che il presidente ed il tribunale non si sieno preoccupati di questi fatti, si può ritenere che militi a favore del debitore la presunzione risultante dall'esame, che deve essere stato fatto prima di concedergli la moratoria, delle cause del momentaneo dissesto economico.

**51.** Il nostro Codice di commercio esige un'altra condizione per ottenere la moratoria, e cioè la dimostrazione che l'attivo superi il passivo o la prestazione di idonea ga-

ranzia a tal uopo. Si dice che questa condizione è necessaria perchè la moratoria si fonda essenzialmente sul pagamento integrale dei debiti, perchè il suo scopo è la dilazione e non già la rimessione; e perchè se l'attivo fosse inferiore al passivo non si potrebbe parlare di moratoria, ma soltanto di concordato (Calamandrei, op. cit., n. 621); che « la ragionevolezza di questo requisito è manifesta, poichè sarebbe indubbiamente strano che il debitore venisse allegando di ripromettersi mercè una breve dilazione il ritorno al perduto vigore commerciale, mentre non è il tempo che gli ha fatto difetto o che potrà ricondurlo sulla buona via, sebbene lo squilibrio fra crediti e debiti con prevalenza di questi ultimi sui primi, tanto da non lasciar sperare che il vuoto si colmi altrimenti se non con crearne dei nuovi » (M. Vita-Levi, op. cit., § 11); che con tal condizione la legge vuole che la moratoria non si risolva in un perditempo ed inganno (Vidari, op. cit., n. 4868). — Sono pur io d'accordo nel ritenere che questi sieno i motivi che hanno indotto il legislatore ad imporre cotesta condizione; ma i motivi non mi sembrano ragionevoli. Avea ben ragione la Facoltà di diritto di Pisa di chiamare assurda cotesta condizione, osservando che è facile mettere insieme un bilancio in apparenza bellissimo, con apprezzamenti esagerati, e che è facile far apparire che un attivo di mille diventi duemila. Potrei citare l' esempio di una moratoria concessa dal tribunale di Venezia e che finì con un miserabile dividendo, per ottenere la quale si indusse il tribunale a ritenere che l'attivo eccedesse di oltre cento mila lire il passivo, perchè tra le attività figuravano crediti reali ed effettivi per oltre quattro cento mila lire, crediti la maggior parte verso falliti e da lunga data inesatti ed

inesigibili. E in quel caso fu respinta l'opposizione dei creditori contro la sentenza che accordava la moratoria! Gli esempi si potrebbero moltiplicare! Poco monta che l'attivo numericamente superi il passivo, quando l'attivo si componga di valori non realizzabili; con attività composte di tali valori non si potranno mai realizzare gli ideali del legislatore e la condizione richiesta dalla legge; e difatti, in pratica, questa condizione è ridotta ad una pura e semplice ipocrisia! Non credo che in Italia ci sia mai stata nè ci sarà mai moratoria, in cui siasi adempita con serietà a cotesta condizione. E mentre la pratica batte questa via, i dogmatici giungono fino al punto di pretendere che non basti nemmeno che l'attivo trovisi *in perfetto equilibrio* col passivo (M. Vita-Levi, op. cit., § 11). È certo che a nessun commerciante mancherà mai qualche migliajo o centinajo di migliaja di lire di crediti rancidi ed inesigibili da poter aggiungere alle attività reali; così, anche indipendentemente dagli apprezzamenti esagerati, sarà sempre facilissimo, evitando il *perfetto equilibrio,* far apparire che l' attivo di gran lunga sorpassi il passivo. Ma, se anche il passivo eccederà l'attivo materialmente esistente al momento in cui si chiede la moratoria, questo espediente della moratoria potrà tuttavia riuscire in pratica utilissimo sia al debitore che ai creditori, talvolta assicurando a questi ultimi anche il pagamento integrale dei crediti loro. Suppongasi in fatti un imprenditore che, dopo aver fatto molte spese per acquisti di macchine, attrezzi e materiali, non sia più in condizione di continuare l' appalto assunto per difetto di capitali all'uopo occorrenti; non continuando il lavoro, incorrerà nelle decadenze comminate dal contratto d'appalto; le spese fatte, e i materiali acquistati perderanno gran parte del loro va-

lore; ed il passivo aumenterà per i risarcimenti di danno. Con una dilazione di sei mesi al pagamento dei suoi debiti, i capitali necessari al pagamento di questi debiti potrebbero invece essere destinati a pagare gli operai e ad acquistare i nuovi materiali occorrenti per la continuazione dei lavori; e nel frattempo, maturandosi le rate dei pagamenti dovuti dalla stazione appaltante, l'appaltatore potrebbe pagar tutti e realizzare il guadagno derivante dall'appalto. Il tribunale dovrebbe forse negare in tal caso la moratoria sol perchè l'attivo non supera il passivo al momento in cui la si chiede? E rispettabili giureconsulti osano dire che la ragionevolezza di questo requisito è manifesta! È inutile citare l'autorità del Salgado. La *cautio de satisfaciendis creditoribus in fide ipsius dilationis* non è da ricercarsi nell'eccedenza dell'attivo sul passivo che sarebbe una garanzia illusoria, ma in un complesso di circostanze, non definibile a priori, che può riscontrarsi nella capacità e attività del debitore, nella natura della industria e del commercio da lui esercitato ed in altre speciali circostanze, immensamente variabili di tempo, di luogo, di persone, ecc. Nessuna legge nè antica nè moderna ha mai richiesto condizione simile per le moratorie, pei *sursis de payement* o pei concordati preventivi; — e se la legge belga (art. 593) vuole per condizione del *sursis de payement* che dal bilancio debitamente verificato risulti che il debitore abbia *des biens ou moyens suffisant* per soddisfare tutti i suoi creditori in capitale ed interessi, ha con ciò chiaramente rivelato il suo pensiero di non ritenere necessario che i *beni* superino i debiti, ma di accontentarsi che i *mezzi* sieno sufficienti a soddisfare tutti i creditori, se anche insufficienti sieno a tal uopo i *beni*. Meglio avrebbe fatto il legislatore limitandosi a prescrivere che, dopo la

concessione provvisoria di una dilazione, e prima di renderla definitiva, si verificasse lo stato degli affari del debitore col mezzo di periti estranei, i quali, rotti alla pratica degli affari, potrebbero offrire ai creditori ed al tribunale stesso seri elementi per un giudizio calmo e sereno; ufficio che nello stesso tempo avrebbe procurato il vantaggio di sottrarre il debitore, che rimane alla testa dei suoi affari, alla situazione difficile in cui trovasi spesso, di essere cioè sotto le pressioni dannose e spesso colpevoli dei suoi creditori.

**52.** La legge (art. 819), come abbiam visto, stabilisce che il debitore debba *dimostrare con documenti o con prestazioni di idonee garanzie* che l'attivo del suo patrimonio supera il passivo. Calamandrei (op. cit., n. 621), Vidari (op. cit., n. 4868) e Tartufari (op. cit., nn. 42-44), pretendendo interpretare la legge, non fanno altro in sostanza che censurarla; e a mio avviso, la censura è giustissima, appunto perchè il significato attribuitole da Calamandrei, da Vidari e da Tartufari non è quello che dalle parole è reso manifesto, ma bensì quello che ragionevolmente avrebbe dovuto avere. Essi sostengono, e a torto se non erro, che la legge permette che la prestazione di idonee garanzie possa tener luogo del fatto dell'eccedenza dell'attivo, giacchè pei debitori è indifferente che il pagamento sia ottenuto direttamente dalla proprietà del debitore o da quella del garante. La legge invece si accontenta della garanzia in sostituzione dei documenti comprovanti l'eccedenza; ma chiaramente esige che, qualunque sia il mezzo di dimostrazione, l'attivo debba sempre eccedere il passivo (M. Vita-Levi, op. cit., § 11). Ben a ragione si osserva che se anche non sarà provata la eccedenza dell'attivo sul passivo,

quando intervenga un terzo che si obblighi a pagar egli tutti i debiti, lo scopo propostosi dalla legge e dai creditori deve dirsi raggiunto; chè ai creditori poco importa di esser pagati coll'attivo del debitore piuttostocchè dal fidejussore. Ma, appunto perchè dovea bastare che si desse sicurtà che i creditori troveranno, in ogni caso, un attivo superiore al passivo, o, meglio ancora, sicurtà che saranno tutti integralmente pagati, senza cercare di più, non avrebbe dovuto il legislatore esigere per condizione il *dimostrare* con documenti o *con prestazione di idonee garanzie* che l'attivo del suo patrimonio supera il passivo.

A ragione si osserva dal Vidari che, garantendo soltanto la verità dell'attuale eccedenza dell'attivo, senza assumere l'obbligo di pagare, si corre il rischio di ingannare i creditori, quando il patrimonio, per mutate circostanze, sebbene esattamente esposto ed anche bene apprezzato, più non bastasse a pagar tutti. — Sono coteste ottime ragioni per dimostrare che anche in ciò la legge è molto difettosa, ma non arrivano a persuadere che la legge abbia significato diverso da quello reso palese dalle parole usate.

**53.** L'eccedenza dell'attivo sul passivo deve sussistere al momento in cui vien pronunciata la sentenza che concede la moratoria, e non basta che sussistesse al momento in cui venne domandata, — poichè, come osservava la Corte d'appello di Venezia (Sentenza 25 maggio 1891 in causa Zatta contro Cardin.-Fontana), la moratoria ha effetto dal giorno della sentenza e non da quello della domanda, così il bilancio deve presentare la dimostrazione del pareggio nel momento in cui si pronunzia la sentenza.

**54.** Non può concedersi moratoria quando tutto o quasi tutto l'attivo, sebbene eccedente il passivo, consista

in mobili impegnati od in immobili ipotecati. Giustamente la Corte d'appello di Venezia (Sentenza 25 maggio 1891 in causa Zatta-Cardin.-Fontana) osservava: che la moratoria si presenta inopportuna e di niun giovamento ai creditori quando le attività che presenta il bilancio sono quasi tutte ipotecate o vincolate a pegno; che quando trattasi di una attività quasi tutta immobiliare ipotecata torna chiaro che a nulla gioverebbe la moratoria perchè, come dispone il cennato articolo (824 Cod. comm.), essa non ha effetto per i crediti aventi ipoteca, pegno od altro privilegio e quindi, ad onta della moratoria, i creditori ipotecari e privilegiati potrebbero procedere al giudizio di espropriazione.

**55.** La terza condizione, indispensabile per ottenere la moratoria, dovrebbe sempre essere il consenso della maggioranza dei creditori.

Abbiamo visto che anche l'imperatore Giustiniano volle che alla maggioranza dei creditori fosse abbandonata la facoltà di concedere al debitore la condizione privilegiata, per la quale si arrestava ogni azione ed ogni esecuzione in suo confronto. Nella moratoria la legge dee limitarsi ad intervenire là dove una probabile collisione possa manifestarsi fra gli interessi della maggioranza e quelli della minoranza dei creditori; e se anche il tribunale non deve essere costretto ad accordare la moratoria sol perchè una maggioranza, forse troppo compiacente, vi abbia fatto buon viso, e sia giusto di salvaguardare gli interessi della minoranza, quando i motivi del di lei rifiuto possono mostrarsi veramente fondati, non è lecito concedere la moratoria, se il voto della maggioranza sia negativo (Corte d'app. di Venezia, 1° luglio 1886, Filatura Pordenone c. Rocca).

Ed è invero strano che la Commissione legislativa, com-

pilatrice del Codice vigente, dopo avere ammesso il principio incontestabile che la *volontà dei creditori è preponderante negli argomenti che riguardano la guarentigia dei loro diritti* (*Verb.*, N. 921), non abbia ritenuto necessario per la moratoria la condizione del voto favorevole della maggioranza dei creditori. A giustificare questa sua conclusione la Commissione diceva: « Nello stadio della procedura in cui solo può ammettersi la domanda di moratoria, l'esigenza del voto di una maggioranza urterebbe il più delle volte contro la più assoluta impossibilità di tempo e di luogo, e, quand'anche potesse procurarsi una maggioranza, senza calcolare i crediti e le persone dei creditori non comparsi ed aventi residenza all'estero in luoghi lontani, giusta quanto disponesi da qualche legislazione, quella maggioranza sarebbe fittizia e tale da non potersi, sull'attendibilità di essa, fondare alcuna solida conclusione. Vale meglio quindi, concludeva la Commissione, rimettere all'equo apprezzamento dell'autorità giudiziaria, tanto la valutazione di tutte le circostanze, attribuendo al presidente del tribunale il potere di ritenerla inammissibile appena presentata, benchè sia apparentemente conforme alle condizioni accennate al N. 120 *Verb.*; ed al tribunale la facoltà di concederla o negarla, dopo sentiti i creditori in base a quelle considerazioni che egli troverà di desumere dalle loro dichiarazioni e dagli atti che gli sono prodotti » (*Verb.*, N. 921).

Gli argomenti addotti dalla Commissione compilatrice del Codice vigente per escludere dai requisiti essenziali il voto favorevole della maggioranza dei creditori non hanno serio fondamento; la pretesa *assoluta impossibilità di tempo e di luogo* di accertare il voto di una maggioranza seria non esiste; e se un' impossibilità sussistesse non sarebbe che

relativa e non assoluta, perchè sarebbe soltanto conseguenza di quell' illogico ed assurdo procedimento che fu adottato dal legislatore, procedimento che è forse la principale se non l' unica ragione che rese possibili gli abusi e per la quale l'instituzione non arrecò in pratica tutti quei benefici che doveano da essa attendersi. — Mi spiego: se è vero che la moratoria concessa solo dopo lunga e costosa procedura diventa spesso il soccorso di Pisa, è altrettanto indiscutibile che la moratoria accordata con precipitazione e senza cognizione di causa rappresenterà un' ingiustizia ed un pericolo, anzichè un vantaggio. Conveniva dunque studiare una via di mezzo, equamente distante dai due mali, creare, date certe condizioni, uno stato provvisorio intermedio tra il fallimento e la moratoria, durante il quale, senza privare il debitore del diritto di amministrare, ma sotto rigorosa sorveglianza egli potesse godere intanto provvisoriamente dei benefici della moratoria, fino a che verificato con serietà lo stato delle attività e delle passività, e sentito il voto dei creditori, i cui crediti fossero nel frattempo debitamente accertati, il tribunale potesse con cognizione di causa giudicare se il beneficio provvisoriamente concesso possa tramutarsi in definitivo.

Il presidente, o meglio ancora il tribunale, verificata la presentazione dei libri, del bilancio e le altre condizioni richieste dalla legge, quando non respinga senz'altro la domanda, per difetto di qualità nel richiedente o per il non provato concorso di avvenimenti straordinari, impreveduti, od altrimenti scusabili, potrebbe accordare provvisoriamente i benefici della moratoria, nominando i controllori e determinando speciali cautele, e contemporaneamente, ordinando a mezzo di periti la verificazione dello stato degli affari

del debitore, fissare un termine per la presentazione dei titoli creditorii e per la verificazione dei crediti e convocare per un dato giorno i creditori, i cui crediti nel frattempo fossero stati debitamente verificati, per pronunciarsi sulla domanda di moratoria.

Non si può certamente pretendere che nel breve termine che trascorre tra la domanda di moratoria e la convocazione dei creditori o la sentenza che la concede, termine che tanto più pericoloso sarebbe per tutti quanto più lungo, i creditori ed il tribunale possano verificare a fondo la situazione del debitore; nè gli uni nè l'altro possono pronunziarsi in sì breve tempo sul valore di certi contratti, sull'avviamento del commercio o dell'industria, sulla validità delle ipoteche, e sull'apprezzamento dei crediti che fanno parte dell'attivo; l'esame loro non può essere che superficiale e sommario. Nel primo stadio, presentata la domanda di moratoria, dal tribunale non si può pretendere altro esame che quello sulla capacità del debitore, sull'attitudine sua, se apparisca debitore sfortunato e di buona fede, o in altri termini se avvenimenti straordinari e impreveduti o piuttosto colposi sieno la causa del suo dissesto, se il debitore risponda con sincerità alle domande che gli sono dirette, e se esistano o no atti o contratti sospetti. In questo primo stadio della procedura devesi lasciare al tribunale libertà assoluta di apprezzamento per giudicare se convenga o no convocare i creditori; ma non si può pretendere che ciecamente egli giudichi, sulle dichiarazioni del debitore, se l'attivo superi il passivo, o se l'avviamento commerciale od industriale per sè stesso o in relazione alle attitudini del debitore presenti o no ragionevoli speranze di poter pagare integralmente tutti i creditori. Organizzando in tal

modo la moratoria provvisoria, la condizione del voto della maggioranza non avrebbe urtato contro l' impossibilità di tempo e di luogo.

Il legislatore poi, forse per una svista, certo senza plausibile ragione, distinguendo il caso di moratoria domandata prima della dichiarazione di fallimento, da quella chiesta poi, fece sorgere il dubbio che, nella prima ipotesi, non fosse condizione indispensabile nemmeno il voto consultivo dei creditori, poichè, come vedremo, mentre nell'art. 820 impone al presidente del tribunale l'obbligo di ordinare la convocazione dei creditori, invece nell'art. 827 dice che il tribunale *può* ordinare questa convocazione, il che fece sorgere il dubbio che fosse consentito al tribunale di sentire o non sentire, a proprio arbitrio, l'avviso dei creditori.

Una delle principali guarentigie della convenienza dell'instituto della moratoria, dice la Facoltà di Pisa, dovrebbe scorgersi nell'adunanza e nell'avviso dei creditori. Invece nell'art. 827 si dice che il tribunale *può* ordinare la convocazione, e siccome il *può* consente il fare e non fare e fa nascere l'arbitrio, ciò non è ammissibile in cosa di tanta importanza. E dicea benissimo! Il Giorgi nell'aurea sua *Teoria delle obbligazioni* (vol. VII, n. 337) ritiene che, anche secondo il concetto della legge vigente, il voto dei creditori sia condizione necessaria per concedere la moratoria. Così egli si esprime: « *Tenendo conto speciale del voto della maggioranza,* dice l'art. 822 del Codice di commercio, il tribunale pronuncia sulla domanda di moratoria; e l'art. 828, *qualora vi sia il voto favorevole della maggioranza dei creditori rappresentanti almeno la metà del passivo residuo,* il tribunale può concedere una seconda moratoria. È vero che l'art. 827, parlando della moratoria antecedente all'apertura

del fallimento e della procedura da seguitarsi, ci dice, che il tribunale *può ordinare una convocazione dei creditori;* ma non coglierebbe di certo il pensiero del legislatore chi da queste parole argomentasse essere in balía del tribunale di concedere la moratoria senza consultare i creditori. Il legislatore non volle dir questo; ma soltanto far comprendere che al tribunale era dato di consultare i creditori solo dopo aver riscontrato, che la domanda di moratoria era ammissibile, o vogliamo dire, accompagnata dal concorso di quelle condizioni, per cui si rendeva meritevole di essere sottoposta all'esame dei creditori. E che tale e non altro fu l'intendimento del legislatore viene confermato dalla differenza fra la lezione del progetto preliminare e quella adottata nel progetto e nel testo definitivo; nonchè dalle discussioni della Commissione compilatrice. L'art. 881 del progetto preliminare avea pure l'ambigua frase *può convocare i creditori*, parlando delle facoltà accordate al presidente del tribunale di fronte alla domanda di moratoria presentata dal fallito; or bene, il progetto ed il testo definitivo, sulle osservazioni di alcune Facoltà universitarie e di qualche Camera di commercio, cambiarono la equivoca dizione facoltativa in quella chiara e recisa *ordina una convocazione.* E se tale mutamento non fu fatto nella successiva disposizione riflettente la domanda di moratoria presentata prima dell'apertura del fallimento, è giuocoforza ravvisare in questa omissione una involontaria mancanza di coordinamento, perchè non havvi ragione di regolare la moratoria a fallimento aperto con norme diverse dalla moratoria antecedente al fallimento. Ma non basta. Nell'articolo 822 del testo imperante è stato prescritto esplicitamente che il tribunale deve tener *conto speciale del voto*

*espresso dalla maggioranza dei creditori;* lo che sta in armonia col concetto manifestato dalla Commissione compilatrice del progetto preliminare, allorchè dichiarava che il progetto « mira a svincolare il nuovo instituto dalle reminiscenze dell'antico rescritto del Principe » (*Verb.*, N. 920).

« Se pertanto, continua il Giorgi, l'esame superficiale delle disposizioni del Codice può far credere che i creditori abbiano un voto meramente consultivo; se può desiderarsi maggior chiarezza nel testo della legge sulla importanza e sul carattere di questo voto, basta un momento di ponderazione a persuaderci, che al voto dei creditori è principalmente raccomandata la concessione della moratoria; e non si troverà tribunale il quale si creda forte abbastanza da concederla contro il voto di costoro o di negarla, se i creditori la vogliano acconsentire. »

Le previsioni del Giorgi non si avverarono; la giurisprudenza ritenne che il voto dei creditori non sia che consultivo; e molte moratorie furono concesse anche senza l'adesione della maggioranza dei creditori. Difatti la Cassazione di Roma (Decisione 28 giugno 1893 in causa Bianchi-Duni) diceva: « E se è vero che per la prima concessione l'autorità giudiziaria, sebbene abbia l'obbligo di tenerne conto, non è punto vincolata dal voto della maggioranza dei creditori e può concedere la moratoria anche in opposizione a quel voto, è per altro vero ancora che una seconda moratoria, ossia una proroga di quella già ottenuta, può essere accordata soltanto (siccome dice l'art. 828) qualora vi sia il voto favorevole della maggioranza dei creditori, rappresentanti almeno la metà del passivo residuo. »

Convengo col prof. Supino (*Archiv. giur.*, XVIII, p. 317) che non sia nè utile nè giuridico concedere ai creditori

soltanto voto consultivo. Non utile, perchè, come osserva il Supino, nessuno meglio dei creditori può farsi idea esatta della situazione del fallito e della convenienza di accordargli la moratoria e non potrebbe il tribunale passare sopra il voto dei creditori senza manifesto danno dei medesimi; non giuridico, perchè sarebbe strano che, quando tutti i creditori si opponessero alla concessione della moratoria, questa fosse accordata dal tribunale. Non convengo però col Supino nel ritenere strano il caso opposto, e cioè che il tribunale possa negare la moratoria anche se assentita dalla maggioranza dei creditori, perchè motivi d'ordine pubblico o serie ragioni della minoranza possono rendere illegittima la dilazione. Io non vorrei quindi che fosse concessa alla maggioranza dei creditori la facoltà assoluta di concedere o no la domandata sospensione, e in ciò mi scosto dall'opinione del Supino; io mi limiterei a chiedere che condizione per l'esercizio della facoltà del tribunale fosse il voto adesivo della maggioranza dei creditori e non vorrei che l'autorità giudiziaria si limitasse a sanzionare i voleri dei creditori. Se si ammette che il tribunale debba sanzionarli sol quando li reputi giusti ed opportuni, non sarebbe troppo il concedergli di accordargli o no la moratoria e di fissarne la durata quando la maggioranza avesse a ciò acconsentito. L'intervento dell'autorità giudiziaria è necessario, oltrecchè per constatare le condizioni essenziali per l'ammissibilità della moratoria, anche per giudicare se ragioni di giustizia e di opportunità consiglino di respingere la domanda, quand'anche sia assentita dalla maggioranza dei creditori.

**56**. La relazione della sotto-Commissione compilatrice del progetto preliminare sul concordato preventivo giusta-

mente osserva (pag. 33) che: « la forza vincolativa del concordato pei creditori dissidenti ed assenti non è una conseguenza necessaria della esistenza di quella maggioranza che la legge richiede per indurre la volontà e quindi l'interesse dei creditori; ma è la conseguenza del concorso di tutti gli elementi che devono prendersi in considerazione nel giudizio di omologazione, dei quali la maggioranza dei creditori aderenti ne è uno, ed essenziale, ma nemmeno esso decisivo e coattivo pel giudice. »

**57.** La legge vigente dichiara che la domanda di moratoria non può essere ricevuta se non è corredata dei documenti voluti dalla legge (art. 819 Cod. comm.); che non è di ostacolo alla prosecuzione degli atti conseguenti alla dichiarazione di fallimento (art. 820 Cod. comm.), e che se il tribunale non riconosce giustificata la domanda, si fa luogo senz'altro alla dichiarazione di fallimento (articolo 827, ult. capov., Cod. comm.).

**58.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo (art. 3) dice che il tribunale, *verificata la regolarità del ricorso*, ordina la convocazione. Da ciò potrebbe sorgere il dubbio che il tribunale, constatando la irregolarità del ricorso, potesse respingere la domanda e dichiarare il fallimento. Ma non fu questo l'intendimento dei compilatori del progetto. Nella esposizione dei motivi la sotto-Commissione diceva (pag. 35): « Le larghe facoltà che ha il magistrato nella procedura di concordato preventivo, consentono di attribuirgli pur quella di respingere fin dall'inizio la domanda e di emettere, in luogo del decreto di convocazione dei creditori, la sentenza dichiarativa del fallimento? Consiglierebbe una risposta affermativa l'argomento che è inutile avviare una procedura diretta alla concessione d'un bene-

ficio legale se già risulta che il debitore ne è immeritevole. Pure la maggioranza della Commissione fu proclive a non accordare al magistrato tale facoltà (art. 3). Non perchè il debitore debba presumersi meritevole del concordato finchè non si provi il contrario. Chi implora un beneficio di legge deve legittimarsene degno. L'onestà, la sventura, insomma il dissesto incolpevole, quale elemento di fatto, deve provarsi da chi l'adduce. Ma perchè la *causae cognitio,* la quale deve precedere ogni deliberazione del magistrato, richiede qualche cosa di più tranquillante che non sieno le sommarie e frettolose informazioni raccolte d'ufficio prima ancora che il giudizio sia iniziato. La malevolenza di concorrenti; l'interesse leso, più sensibile al primo annuncio del dissesto; le facili e irresponsabili informazioni, anche di pubblici ufficiali, non di rado ispirate a criterii affatto diversi dalla tutela del pubblico credito; — questi ed altri motivi persuadono a non affrettare la catastrofe che può colpire in modo irreparabile quegli interessi che prevalentemente si vogliono tutelare ». La relazione aggiunge che del resto l'art. 7 del progetto, consentendo in ogni fase della procedura al tribunale di dichiarare il fallimento se si rivelano fatti colpevoli o se il debitore non è ossequiente alle restrizioni richieste dalla integrità del suo patrimonio, salvaguarda a sufficienza il pubblico interesse e impedisce che atti inutili e perciò stesso dannosi si compiano.

**59.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo non volle dare al tribunale la facoltà di emettere, in luogo del decreto di convocazione, la sentenza dichiarativa di fallimento, ma anzi attribuisce effetto moratorio alla semplice presentazione della domanda. Così il progetto offre ai de-

bitori un facilissimo mezzo di impedire, all'infuori dei casi speciali accennati dall'articolo 7, che il tribunale dichiari il fallimento d'ufficio. — Basterà che il debitore presenti il ricorso pel concordato preventivo e con ciò impedirà o per lo meno ritarderà la dichiarazione del fallimento d'ufficio. — A mio avviso il rigetto della domanda di moratoria o di concordato preventivo non dovrebbe implicare di necessità la dichiarazione di fallimento. Il fallimento, indipendentemente da ogni domanda di moratoria o di concordato, non dev'essere dichiarato, se non quando sia provata la cessazione dei pagamenti; ma la domanda di moratoria o di concordato sebbene possa aver luogo anche prima della cessazione dei pagamenti, è però quasi sempre contemporanea o successiva alla scadenza dei debiti insoluti. La facoltà che ha il tribunale di dichiarare il fallimento d'ufficio, quando sia incontestablile la cessazione dei pagamenti, non deve essere sospesa per effetto della sola presentazione di un ricorso pel concordato preventivo. Se si dovesse temere che un tribunale, possa prendere una deliberazione sì grave senza cognizione di causa, ed abusare della facoltà che la legge gli attribuisce per affrettare la catastrofe con irreparabile danno ai creditori ed al debitore, bisognerebbe sopprimere del tutto la facoltà del tribunale di dichiarare il fallimento d'ufficio.

Sebbene convinto che i creditori sieno i migliori giudici del loro interesse e che perciò non debbasi mai accordare la moratoria od il concordato preventivo senza il voto favorevole della maggioranza dei creditori, mi par tuttavia necessario il giudizio preliminare del tribunale, inquantochè un altro interesse, non meno importante, induce ad impedire che con ricorsi di tal genere, i debitori di mala fede

possano procrastinare la dichiarazione di fallimento. La sollecitudine nella dichiarazione di fallimento è spesso l'unico mezzo di tutela degli interessi e dei diritti dei creditori lontani. A tutela di questi, e nonostante il voto della maggioranza dei creditori, il tribunale deve sempre aver facoltà di respingere *de plano* la domanda del debitore o di dichiarare il fallimento. In ragione di questo interesse il tribunale non ha bisogno di consultare i creditori; se il tribunale riscontra che nessun fatto scusabile indusse il debitore nella necessità di mancare ai suoi impegni deve avere facoltà di rigettare senz'altro la domanda e di dichiarare il fallimento.

È indispensabile il diritto di veto nel tribunale all'origine della procedura, quando sia evidente l'intento esclusivo di procrastinare il fallimento. Convinto il tribunale che il debitore mancò o sta per mancare ai suoi impegni per propria colpa ingiustificata o ingiustificabile, non v'è alcuna ragione perchè egli debba attendere una più completa istruttoria. La pratica dimostra giornalmente che i creditori in generale si preoccupano fino a un certo punto della buona o mala fede dei loro debitori, e che essi considerano la domanda di moratoria, come quella di fallimento, come un infortunio dal quale tentano trarre il minor male possibile ricorrendo a transazioni e a vantaggi particolari spesso consentiti dal debitore a detrimento della minoranza e che il tribunale suppone spesso legittimi. Il creditore giudica generalmente dal suo punto di vista puramente soggettivo, ma il legislatore, che non vuole creare una legge, la cui nota esclusiva sia l'interesse dei creditori, ma una legge generosa che, raddolcendo i rigori del fallimento, sia profittevole soltanto ai commercianti assolutamente onesti e in-

sieme ai creditori indistintamente, non deve incoraggiare l'improbità commerciale. I creditori commerciali devono decidere delle sorti della moratoria, come i migliori giudici del loro interesse, solo oggettivamente; il voto della maggioranza deve essere condizione imprescindibile solo in quanto riflette la consistenza del patrimonio del debitore da salvaguardarsi, come pegno comune, patrimonio che non consiste soltanto nei beni materialmente esistenti, ma anche nei diritti e nelle speranze legittime e ragionevoli dell'avvenire. Ma il voto della maggioranza non può aver l'effetto di sottrarre il debitore alle più gravi conseguenze di diritto pubblico del fallimento, nè il ricorso del debitore quello di ritardarle.

**60.** Abbiamo visto che la legge vigente vuole che il tribunale tenga conto speciale del voto espresso dalla maggioranza, nel concedere la moratoria (art. 822 Cod. comm.). Ma di qual maggioranza ha inteso qui la legge di parlare? Di quella di numero, di quella di somma o di tutte e due?

Il prof. Pagani (*Diritto Commerciale*, dei prof. Supino e Serafini, anno II, fasc. IV, col. 485) sostiene che la maggioranza, a cui si riferisce l'art. 822, è la maggioranza numerica, in omaggio alla regola generale dell'art. 907 Cod. comm., il quale appunto stabilisce che quando non è richiesta una maggioranza speciale, le deliberazioni sono prese a maggioranza assoluta dei presenti; e che la legge quando vuole una maggioranza speciale lo disse, come ad esempio negli art. 825 e 828, mentre nulla avendo detto, nell'art. 822, deve intendersi siasi accontentata della maggioranza numerica.

Invece M. Vita-Levi (*La Moratoria*, § 24), dopo aver ammesso che sull'esattezza di questi principii in tesi astratta

è impossibile sollevare obbiezioni, ricorre invece per analogia, anzichè al disposto dell'art. 907, a quello degli art. 825 e 828, osservando che se il legislatore si fosse accontentato di una maggioranza numerica non avrebbe richiesto che il verbale dell'adunanza indicasse anche le dichiarazioni intorno all'entità dei singoli crediti, e avrebbe ritenuta sufficiente la constatazione che gli intervenuti fossero realmente creditori.

Anche il Tartufari (*La Moratoria*, n. 75), citando una decisione della Corte d'appello di Palermo del 1° febbraio 1884, opina che i voti debbono essere non numerati, ma pesati.

Il prof. Vidari, in nota ad una sentenza conforme del tribunale di Saluzzo (*Annuario critico di giur. comm.*, I, pag. 178, n. 53 *bis*), sostiene che il tribunale deve tener conto speciale della maggioranza di somma, perchè sarebbe iniquo che venti persone creditrici di cento mila lire dovessero prevalere su dieci creditori di duecento mila lire. Però egli non ha riprodotta questa sua opinione nel *Corso di diritto commerciale* (n. 4878) pubblicato due anni dopo.

L'interprete, a mio avviso, non può dissentire dall'opinione del prof. Pagani, perchè alla regola generale dell'art. 907 Cod. comm., il quale dispone che nelle adunanze dei creditori le deliberazioni sono prese a maggioranza assoluta di voti dei presenti, salvo i casi per i quali è richiesta una maggioranza speciale, non si può derogare che nei soli casi speciali contemplati dagli articoli 825 e 828, e perchè il legislatore può aver richiesto che risultino dal verbale anche le dichiarazioni sull'entità dei singoli crediti, appunto per aver nello stesso verbale una norma per misurare le maggioranze di somma nei casi previsti dagli

art. 825 e 828, senza perciò richiedere una maggioranza speciale per la concessione della prima moratoria. — Certo è iniquo che la maggioranza di numero possa imporsi alla maggioranza di somma; ma coll'addurre gli inconvenienti, che una legge male studiata e mal fatta può produrre, la si censura e giustamente, ma non la si interpreta. *Dura lex, sed lex.*

**61.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo, non per impedire, ma per rendere più difficile la conclusione di accordi sopra offerte irrisorie, conciliando questo scopo con la maggior tutela delle minoranze dissenzienti e assenti, vuole che il concordato sia approvato dalla maggioranza dei creditori votanti, la quale rappresenti tre quarti della totalità dei crediti ammessi definitivamente o provvisoriamente, se il debitore offre di pagare almeno il sessanta per cento dei crediti non garantiti da ipoteca, pegno o altro privilegio; dalla stessa maggioranza rappresentante quattro quinti dei crediti se l'offerta è inferiore al sessanta, ma superiore al venticinque per cento; da due terzi dei creditori votanti rappresentanti quattro quinti dei crediti, se l'offerta è minore; e da due terzi dei creditori votanti che rappresentino almeno tre quarti dei crediti ammessi definitivamente o provvisoriamente, se il debitore propone la liquidazione amichevole del suo intero patrimonio, affinchè il ricavato sia ripartito proporzionalmente fra i suoi creditori (art. 15). In quest'ultimo caso si richiedono maggioranze ancor più sensibili, « dacchè, come dice la esposizione dei motivi (pag. 72), cotesta misura che in apparenza è il massimo sacrificio del debitore, in realtà può essere effimero se poco o nulla rimane ancora del patrimonio, e rappresenta sempre una operazione aleatoria pei creditori, come quella che non

scioglie senz'altro la procedura, non concede di determinare subito l'entità del ricupero, ma lascia permanente un giudizio senza limite di durata e senza garanzie di risultato ». Questo sistema, che io credo darebbe anche in pratica buoni risultati, mi pare anche il più giusto, perchè in tal materia, come ben dice la sotto-Commissione per la revisione del Codice di commercio, il voto prevalente decisivo dev'essere quello degli interessi, non quello degli interessati. « Ogni creditore, ivi si dice, pesa nella bilancia della deliberazione in proporzione del suo interesse rappresentato dall'ammontare del suo credito. La maggioranza individuale concorre invece a dare alla deliberazione dell'adunanza la necessaria legalità, e, di regola, è costituita dalla metà più uno dei votanti; eccezionalmente, da una maggioranza più forte. S'intende dopo ciò il motivo per cui, mentre la maggioranza di somma si calcola sul complesso dei crediti inscritti nel primo e nel secondo elenco; la maggioranza numerica si determina invece sui creditori che votano il concordato o in persona o a mezzo di procuratore o per iscritto. Teoricamente potrebbe perfino discutersi sulla opportunità di accogliere questa seconda maggioranza, se la espressione egualitaria del voto individuale, diretto, si dice, a neutralizzare la prevalenza altrimenti schiacciante dei grossi creditori, può prestarsi alla coalizione dei creditori microscopici contro il vero interesse rappresentato dalla maggioranza dei crediti. Tuttavia la doppia maggioranza si mantenne vuoi per un riguardo sia pure limitato all'interesse individuale di ogni creditore, il cui modesto peculio potrebbe, in tutto od in parte essere rappresentato dal credito compromesso; vuoi perchè, calcolando la maggioranza numerica sui creditori deliberanti, si attenua il pericolo di una prevalenza

eccessiva degli interessati sugli interessi avendosi un riguardo speciale per chi cura l'esercizio di un diritto in confronto di chi lo neglige ».

**62.** Il progetto concilia con ciò l'interesse della maggioranza con quello della minoranza, impedendo che la coalizione d'interessi poco importanti renda impossibile il concordato, o detti la legge agli altri; ed in ragione della importanza relativa del concordato preventivo, ne agevola la stipulazione, ricordando che appunto questo dev'essere obbiettivo dalla legge sulle moratorie e sui concordati preventivi, se si vuole che queste instituzioni sostituiscano gli accordi amichevoli estragiudiziali.

**63.** Altra condizione esplicitamente richiesta dalla legge vigente per ottenere la moratoria è che il debitore presenti i suoi libri *regolarmente tenuti* (art. 819 Cod. comm.). Il vigente Codice di commercio (art. 21 e segg.), impone al commerciante l'obbligazione di tenere un libro-giornale, l'inventario annuale dei suoi beni mobili ed immobili, crediti e debiti, i fascicoli delle lettere e dei telegrammi che riceve, ed il copia-lettere; e commina la pena della bancarotta semplice a chi non ha tenuto i libri prescritti od almeno il libro giornale, a chi non ha fatto esattamente l'inventario annuale, ovvero se i suoi libri od inventarii sono incompleti o irregolarmente tenuti, o non presentano il loro vero stato attivo o passivo, benchè non siavi frode (art. 856, n. 5 e 857 n. 1 Cod. comm.). La legge adunque eleva al grado di reato il semplice fatto di non tener i libri prescritti o di non tenerli nel modo voluto, perchè e l'uno e l'altro di questi fatti rendono al debitore impossibile la conoscenza esatta della sua situazione attiva e passiva. I soli registri, in caso di contestazione sulle condizioni del debi-

tore, possono recar lume al tribunale ed ai creditori. Ben a ragione adunque la giurisprudenza considera la tenuta dei libri come essenziale e non ammette scuse dedotte da difetto di istruzione o di speciali conoscenze o degli usi, specialmente pei negozianti dediti ad affari considerevoli. È però a deplorarsi che il nostro legislatore non abbia imitato i legislatori d'altri Stati, distinguendo le diverse categorie di commercianti ed esonerando alcune di queste, come ad esempio quella dei piccoli negozianti girovaghi, da un obbligo che, relativamente a costoro, diventa persino ridicolo.

La Commissione compilatrice del Codice vigente, nel decantare i vantaggi della moratoria diceva che « l'instituto avrà poi benanche una grande utilità preventiva, perchè i commercianti sapranno di non poterne invocare il beneficio se non tenendo i loro libri in perfetta regola e presentando un bilancio regolarmente esatto ».

**64.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo non richiede come condizione la regolare tenuta dei registri, sebbene esiga (art. 2) che il ricorrente presenti, insieme alla domanda i suoi libri di commercio. Secondo il concetto dei compilatori del progetto i libri non sono richiesti che al solo scopo che il commissario giudiziale possa, colla scorta dei medesimi e delle carte del debitore e delle notizie raccolte verificare, completare e rettificare l'elenco dei creditori (art. 9). Difatti la relazione della sotto-Commissione (pag. 48) dice che i libri di commercio sono accennati tra i documenti che devono corredare il ricorso, *senza però specificare che devono essere tenuti regolarmente.* Ed aggiunge: « Esclusa, come si è detto, la facoltà nel tribunale di rigettare senz'altro la domanda di convocazione dei creditori per lasciare impre-

giudicato il suo apprezzamento sulla condotta morale e commerciale del ricorrente alla sentenza di omologazione (art. 23), parve inopportuno costituire della irregolarità dei libri un motivo di irrecivibilità. »

« La preoccupazione di dover rispondere penalmente per quella irregolarità trattiene spesso i debitori insolventi dalla denuncia tempestiva del loro stato. Necessariamente allorchè si tratterà di omologare il concordato, la tenuta dei libri sarà un elemento importante per apprezzare la condotta del debitore. Non però nel senso ristretto di sacrificare la sostanza alla forma; giacchè delle formalità sono spesso osservatori zelanti coloro che meno rispettano la schiettezza del contenuto! I libri sono una specie di scrittura privata. La credibilità loro si desume dall'osservanza di certe formalità estrinseche dirette a persuadere della contemporaneità della registrazione al fatto registrato e della sua inalterabilità. Ma se la sincerità dello scritto è altrimenti e logicamente desunta; se la ricostruzione del patrimonio del debitore potè effettuarsi con tranquillante approssimazione, mal si giustificherebbe il rifiuto della omologazione solo perchè l'ossequio ad un precetto formale poteva essere più scrupoloso, qualora dalla sua inosservanza nessun pregiudizio sia derivato ».

**65.** Questi argomenti non mi persuadono; sebbene convinto che la sostanza non debba essere sacrificata alla forma, ritengo sarà impossibile o per lo meno assai difficile ricostruire il patrimonio del debitore, quando i registri, per difetto delle formalità, non offriranno alcuna garanzia della contemporaneità ed inalterabilità delle registrazioni. Se, non ostante il difetto o la irregolarità dei registri, si ritiene sempre o spesso possibile evitare ogni pregiudizio

supplendo con altri mezzi al difetto dei medesimi, o desumendo da altre fonti la sincerità dello scritto, se gli osservatori delle forme sono spesso i violatori della sostanza, perchè allora si vuole che la tenuta dei registri, ritenuta superflua per la ricostruzione del patrimonio, sia un elemento per apprezzare la condotta del debitore, allorchè si tratterà dell'omologazione del concordato? O questi libri, regolarmente tenuti, sono garanzia indispensabile per la ricostruzione del patrimonio in ogni caso di insolvenza del debitore, o altrimenti ogni penalità pella mancanza o irregolarità dei medesimi deve scomparire ed i libri non possono offrir criterio per l'apprezzamento della condotta del debitore. La contemporaneità e inalterabilità delle scritture nei registri commerciali è forse la più seria delle guarentigie che possa offrire il debitore nel momento in cui egli invoca quel provvedimento, che non può essere acconsentito senza il beneplacito della maggioranza. Senza i registri sarà sempre assai difficile compilare con tranquillante approssimazione l'esatto elenco dei crediti e dei creditori la cui maggioranza si impone alla minoranza.

Il difetto di registri rende più facile la dissimulazione dell'attivo e l'intervento dei creditori fittizi che potrebbero imporre la legge ai creditori reali, e rendere così molto fragile la garanzia dell'adesione della maggioranza.

**66.** La legge, esigendo i *libri di commercio* regolarmente tenuti, non si accontenta, relativamente alle società anonime, di quei libri che dette società devono tenere, oltre quelli indicati dagli art. 21 e segg. del Codice di commercio, e cioè dei libri dei soci, delle adunanze e deliberazioni delle assemblee, e delle adunanze e deliberazioni degli amministratori. Le società in accomandita per azioni

e le anonime non potrebbero ottenere la moratoria, ancorchè avessero tenuto con perfetta regolarità questi libri speciali, qualora non producessero il libro giornale e l'inventario regolarmente tenuti. A questo proposito la Corte d'appello di Torino (Sent. 17 settembre 1893, causa Banca di Savigliano c. Creditori) facea le seguenti saggissime osservazioni: L'esame, essa diceva, della regolare presentazione o meno dei libri di commercio e di quant'altro è prescritto nel secondo capoverso dell'art. 819 deve nella specie precedere ogni altra, essendo una tale regolare presentazione indispensabile allo scopo che si prefisse il legislatore, acciò vagliare la condizione economica del ricorrente e le cause che ne produssero l'imbarazzo momentaneo, e coll'indicare la presentazione dei libri regolarmente tenuti ebbe di necessità a riferirsi a quei libri che il commerciante deve tenere per legge (art. 21 e 22 Cod. comm.), e tenerli a norma del successivo art. 23. È abbastanza a cognizione di chiunque, aggiungeva la Corte torinese, che lo svolgimento di un'azienda commerciale si esplica con diversi fattori cioè mediante il di lei ordinamento, l'aumento o la diminuzione della sostanza nello avvicendarsi delle operazioni commerciali, la compilazione dei conti, la revisione e sindacato di essi, infine l'approvazione o disapprovazione degli stessi per parte degli interessati; cotesti periodi di svolgimento hanno complemento col libro, cioè, contenente tutte le singole attività e passività col loro giusto valore e con tutte quelle note che valgono a far meglio conoscere ed apprezzare il contenuto. Codesto libro inventario, che dev'essere numerato e vidimato in ciascun foglio e deve contenere nell'ultima pagina il numero dei fogli che lo compongono, non può esser supplito dai rendiconti annuali

alle assemblee dei soci e dai relativi verbali e documenti, i quali provano soltanto l'esecuzione di quanto è prescritto dagli art. 140, 156 e 176 Cod. comm. E che tali produzioni sieno cosa del tutto diverso del libro inventario si desume agevolmente dalle combinate disposizioni degli art. 140 Cod. comm. e 4 delle disposizioni transitorie; quest'ultimo articolo infatti, dopo aver accennato che le società commerciali in esso indicate sono regolate dalle leggi anteriori, soggiunge che dette società, fra le quali anche le anonime, sono soggette fra le indicate disposizioni anche a quelle prescritte dall'art. 140 Cod. comm. Ora, siccome in quest'ultimo articolo è prescritta la tenuta dei libri stabilita per ogni commerciante, oltre quello dei soci, delle adunanze e delle deliberazioni, duplice è la conseguenza che ne deriva, cioè che la tenuta del libro inventario è prescritta anche per le società commerciali e che cotesto libro è per la sua natura ben diverso dalle fatte produzioni le quali non possono equivalere a quello.

---

## TITOLO V.

### PROCEDIMENTO

---

**67.** La moratoria, costituendo un favore accordato a certe categorie di debitori ed un'espropriazione dei diritti delle minoranze, deve essere non solo subordinata a determinate condizioni, ma anche circondata da quelle forme che valgano a garantire la effettiva esistenza delle condizioni richieste dalla legge e l'interesse rispettabile dei creditori opponenti.

Queste forme, per la legge vigente, sono, in massima parte, comuni, tanto alla moratoria che precede la dichiarazione del fallimento, quanto a quella che la sussegue.

**68.** La domanda dev'essere presentata dal commerciante che sta per cessare o che ha già cessato di fare i suoi pagamenti.

Non occorre però che la domanda di moratoria sia presentata dalla persona del debitore nè da lui personalmente sottoscritta. La legge non lo richiede nè vi sarebbe alcuna ragione di esigerlo. Le condizioni di cose non mutano se anche altri la presenta o la sottoscrive in vece sua. La facoltà di farsi rappresentare da un mandatario è di diritto

comune; l'importanza gravissima dell' atto richiederà un mandato speciale, autentico, per assicurarsi che ciò che è scritto nel ricorso sia l'espressione esatta della volontà del debitore; ma non v'è ragione di derogare al diritto comune. Se il debitore fosse illetterato o nell'impossibilità di sottoscrivere la domanda dovrebbesi forse per ciò solo privarlo del beneficio della moratoria? Ch' egli sia obbligato, salvo scuse riconosciute valide, di dare *in persona* le spiegazioni che il tribunale trovasse necessario di chiedergli, lo si comprende, perchè in questa comparizione personale vi ha una preziosa garanzia per gli apprezzamenti che dovrà poi fare il tribunale, ma nulla si oppone, qnanto alla semplice domanda di moratoria, a che il debitore possa farsi rappresentare da mandatario speciale.

**69**. Se il debitore è morto la domanda potrà, come ho già notato (n. 29), essere presentata dai suoi eredi ossia da tutti coloro che, secondo la legge civile, rappresentano il *de cuius;* naturalmente tutti gli eredi dovranno mettersi d'accordo per proporre la domanda a nome del loro autore. Nel caso di dissenso le deliberazioni della maggioranza saranno obbligatorie anche per la minoranza dissenziente (articolo 678 Cod. civ.). L'erede che fa domanda o che ottiene la moratoria non fa perciò solo atto di erede, sebbene non avrebbe avuto diritto di fare quella domanda se non nella qualità di erede, perchè la domanda di moratoria non presuppone necessariamente la sua volontà di accettare l'eredità (art. 934 Cod. civ.).

La domanda di moratoria non è da annoverarsi tra quelli atti i quali, fatti da chi si assume il titolo o la qualità di erede, importano accettazione di eredità (art. 935 Cod. civ.). Questa domanda dev'essere considerata piuttosto come un

atto di rispetto figliale e di convenienza sociale, che come questione d'interesse pecuniario. Non si può interdire agli eredi quali curatori di diritto delle eredità, e durante i termini concessi per deliberare sulla accettazione dell'eredità, di far uso di un mezzo diretto ad evitare il fallimento del loro autore. Non saranno certo i creditori che se ne lagneranno. Certo è però che se ottenuta la moratoria in qualità di eredi assumessero la gestione degli affari o la liquidazione o anche la semplice vigilanza, implicita sarebbe l'accettazione dell'eredità pura e semplice, qualora non l'avessero accettata con benefizio d'inventario.

**70.** Quando si tratti di domanda presentata da una società in nome collettivo od in accomandita semplice, la società debitrice sarà rappresentata dai gerenti, ossia dai soci che hanno la firma sociale, dai quali la domanda dovrà essere sottoscritta.

Quantunque la nostra legge non lo prescriva (art. 819 e 827 Cod. comm.) la domanda dovrà contenere l'indicazione dei nomi e dei domicilii di ciascuno dei soci obbligati senza limitazione, salva la facoltà ad ognun d'essi di chiedere anche la moratoria speciale e personale.

La domanda presentata da una società anonima dovrà essere sottoscritta a nome dell'ente collettivo dalle persone componenti il consiglio di amministrazione.

La domanda presentata nell'interesse di una società cooperativa sarà sottoscritta da chi ha facoltà di rappresentarla, secondo le disposizioni che regolano quella specie di società, la cui forma essa avesse assunta (art. 219 Cod. comm.).

Il liquidatore di una società non potrà, senza un mandato speciale, chiedere la moratoria, perchè il solo man-

dato di liquidare non lo abilita a chiedere la moratoria; ciò eccederebbe le facoltà attribuite dalla legge ai liquidatori (art. 203 Cod. comm.).

**71.** La sotto-Commissione compilatrice del progetto sul concordato preventivo, nella sua relazione (pag. 46) diceva: « La domanda per la convocazione dei creditori può presentarsi per conto ed in nome di una società regolare da chi ne ha la firma sociale; ma le proposte di concordato devono, prima dell'adunanza dei creditori, essere approvate da quell'autorità che può disporre del fondo sociale deliberando la liquidazione della società (art. 1, alin. 2[a]). I motivi che inducono a produrre il ricorso, il bisogno di presentarlo sollecitamente per evitare una dichiarazione di fallimento od impedire atti di esecuzione spesso irreparabili; la segretezza e la rapidità di tale risoluzione consigliano d'affidare al potere dirigente ed amministrativo della società la facoltà di iniziare la procedura; devolvendo però all'organo che dispone del fondo sociale l'altra di stabilire e deliberare le proposte di concordato da farsi ai creditori. »

**72.** Il debitore deve presentare la domanda al tribunale. Non è esatto ciò che dicono il M. Vita-Levi (*La moratoria,* §§ 12 e 49) ed il prof. Vidari (op. cit., n. 4867), che cioè la domanda del fallito debba essere presentata con ricorso al presidente del tribunale. Sia prima che dopo la dichiarazione di fallimento (art. 819 e 827 Cod. comm.) la domanda deve essere presentata al tribunale civile del luogo ove il debitore è domiciliato, ossia dove egli ha la sede principale dei propri affari ed interessi. Qui è speciale la competenza *ratione loci;* in qualunque luogo il debitore abbia la sua residenza, o la dimora abituale il tri-

bunale esclusivamente competente per la domanda di moratoria sarà sempre il tribunale del domicilio civile dove il debitore ha il suo principale stabilimento, quel tribunale che sarebbe il solo competente a dichiarare il fallimento o che l'avesse già competentemente dichiarato (art. 16 Cod. civ.; 90 Cod. proc. civ., e 685 Cod. comm.). Non è dunque al domicilio politico od alla dimora che si deve aver riguardo, ma unicamente al luogo ove il debitore esercita il suo commercio o la sua industria, o dove ha il suo principale stabilimento, dato che più stabilimenti fossero situati in differenti località. Se due tribunali si fossero dichiarati competenti a giudicare della domanda di moratoria dello stesso debitore si dovrebbe far luogo al regolamento della competenza a sensi degli art. 115 e 108 e seg. Cod. proc. civ. — È impossibile ammettere che più tribunali possano concedere la moratoria alla stessa persona, quand'anche si tratti di esercizi di commercio e d'industrie distinte, quand'anche si tratti di persona esercente il commercio individualmente in una data località e che faccia parte di una società in nome collettivo, residente altrove ed esercente industria diversa o faccia parte di diverse società di questo genere. L'opinione contraria sarebbe ripugnante ai principii generali di diritto.

Due moratorie non possono essere concesse davanti due diversi tribunali alla stessa persona, per la stessa ragione che il fallimento della identica persona non può essere dichiarato da due distinti tribunali. Il debitore, legalmente parlando, non può avere che un solo stabilimento principale ed è ivi ch'egli deve presentare la sua domanda; il suo patrimonio è unico in qualunque luogo egli dimori, e tutto il suo patrimonio ovunque trovisi, costituisce il pegno

comune dei suoi creditori (art. 1949 Cod. civ.). Dal fatto che una parte delle sue attività, e sia pure anche una parte notevole, si trovi vincolata in una società residente altrove, non ne deriva che egli possa chiedere la moratoria al domicilio sociale. Se il fallimento della società in nome collettivo fosse dichiarato al domicilio sociale, diverso dal luogo ove il socio debitore tiene il suo stabilimento principale, e colla stessa sentenza fosse dichiarato anche il fallimento del singolo socio (art. 847 Cod. comm.), solo in tal caso la moratoria di quest' ultimo potrebbe essere concessa dal tribunale che dichiarò il fallimento della società, perchè solo allora il tribunale, investito dell'intera procedura del fallimento sociale, per eccezionale competenza, sarebbe a conoscenza di tutte le azioni che ne derivano, tra le quali dovrebbe comprendersi la domanda di moratoria del singolo socio. Certo però che se questi già avesse ottenuto la moratoria dal tribunale del suo domicilio civile, un altro tribunale, dichiarando il fallimento della società in nome collettivo della quale il debitore fosse socio, non potrebbe più dichiarare il fallimento di lui finchè dura la moratoria.

Se la società fosse straniera, sarà sempre competente a concederle la moratoria il tribunale italiano del luogo ove la società avesse il suo principale stabilimento, senza riguardo al fatto della sua costituzione all'estero o della fondazione sua con capitali stranieri. Le società costituite in paese estero, le quali hanno nel Regno la sede e l'oggetto principale della loro impresa sono considerate come società nazionali e sono soggette anche per la forma e solidità del loro atto costitutivo, benchè stipulato in paese estero, a tutte le disposizioni del nostro Codice di commercio (art. 230).

È generalmente ammesso che la donna maritata, auto-

rizzata ad esercitare il commercio, può in quanto sia commerciante, aver un domicilio civile diverso da quello di suo marito, ossia aver una sede principale dei suoi affari ed interessi in luogo diverso da quello dove si accentrano gli affari e gl'interessi del marito. — Al domicilio civile speciale di lei potrebbe essere dichiarato il suo fallimento (art. 685 Cod. comm.); al tribunale di quel suo domicilio e non ad altro dovrebbe dunque presentare la sua domanda di moratoria.

Lo stesso dicasi pel minore emancipato autorizzato all'esercizio del commercio (art. 9 e segg. Cod. civ.), perchè anch'egli potrebbe avere un domicilio civile proprio, distinto da quello del padre o della madre.

La giurisprudenza e la dottrina ritengono che il fallimento di un commerciante ambulante o di un impresario d'occasione debba essere dichiarato là dove ha luogo la cessazione dei pagamenti. Difatti sarebbe inutile nella maggior parte dei casi andare alla ricerca di un domicilio che non esiste e sarebbe impossibile pretendere ch'egli ne fissasse uno. Questa soluzione pratica e razionale dev'essere adottata anche in materia di moratoria. Questa dovrà esser chiesta laddove si manifestano gli imbarazzi commerciali e la cessazione dei pagamenti; là dove si trovano i principali suoi creditori.

Se il commerciante avesse di recente mutato il proprio domicilio civile, il tribunale adito per la domanda di moratoria dovrebbe indagare, prima di prendere in considerazione la domanda, se questo cangiamento non siasi effettuato con intenzione fraudolenta ed all'intento di trar profitto da una situazione meno nota e di riprodurre avanti il nuovo tribunale, un tentativo rimasto prima infruttuoso. —

La dichiarazione di fallimento sarà in tal caso il mezzo più opportuno per mandar a vuoto questi tentativi fraudolenti.

**73.** La domanda di moratoria deve contenere l'esposizione degli avvenimenti straordinari e impreveduti od altrimenti scusabili, ai quali il debitore fa risalire la causa del suo dissesto economico. Egli deve mettere in rilievo questi fatti e giustificarli con valide prove per dar modo al presidente ed al tribunale di giudicare se la domanda sia giustificata da caso fortuito o da forza maggiore e se il commerciante che la chiede sia onesto. Su questo punto deve aggirarsi l'esame sommario preliminare del presidente, quando la domanda sia fatta dal fallito, o dal tribunale, se la domanda fu presentata prima della dichiarazione di fallimento, esame sommario che deve esser fatto all' intento di giudicare se si debba ordinare che il procedimento continui ad aver il suo corso, e se i creditori debbano essere convocati, o se si debba invece rigettare senz'altro la domanda di moratoria e dichiarare il fallimento, se non sia già dichiarato. L'esposizione degli avvenimenti può anche formar parte del testo della domanda e costituirne in certa guisa i preliminari ed i motivi. Va da sè che il tenore di questa esposizione varierà secondo i casi. Bisognerà indicare l'origine del commercio, farne un po' la storia, indicare con precisione le prime difficoltà e come siensi aggravate, ed informare specialmente di quelle circostanze dalle quali si possa desumere che il debitore ha fatto tutto il possibile per far onore ai propri impegni.

La domanda di moratoria dev' essere corredata dal bilancio commerciale ed il debitore, se non ha già presentati, deve presentare contemporaneamente i suoi libri di commercio regolarmente tenuti (v. n. 63). Il bilancio dev'essere

completo e dettagliato; l'attivo comprenderà anche gli immobili, ipotecati o non ipotecati, i mobili, le merci, i crediti. Se la domanda vien presentata nell' interesse di una società in nome collettivo, dovranno essere indicati tanto i beni sociali che i beni personali dei soci, nonchè, in caso che la società sia in accomandita, le quote che gli accomanditari hanno versato e quelle che devono ancor versare, e se la società è anonima, le somme necessarie per la liberazione delle azioni. In ogni caso l'attivo deve essere valutato nel modo più esatto possibile per mettere il presidente ed il tribunale in condizione di poter giudicare se l'attivo superi il passivo o per lo meno se la moratoria possa praticamente riuscir utile. L' utilità di questa valutazione fatta dal debitore si manifesta specialmente in riguardo ai crediti dubbi, la cui reale consistenza assai difficilmente potrebbe esser giudicata da un perito, essendo il debitore il solo che possa trovarsi in condizione di ben apprezzarla.

Il debitore non dovrebbe omettere nemmeno l'indicazione dei beni personali della moglie, perchè fatta eccezione ai casi previsti dagli art. 780 e 781 Cod. comm., in tutti gli altri casi e quand'anche tra i conjugi fosse stata convenuta la comunione degli utili, si presume che i beni acquistati dalla moglie del fallito appartengano al marito e che siano stati pagati con danari di lui (art. 782 Cod. comm.), e perchè i mobili, sia parafernali che dotali, appartengono al marito se non è provata l'identità o se la provenienza del denaro ritratto dalla loro vendita ed il reimpiego in acquisto di altri mobili, non consti da atto di data certa (art. 782 Cod. comm.). Il debitore non sarà obbligato a denunciare l'ammontare dell'assicurazione sulla vita contratta a favore della moglie o dei figli perchè, in caso di fallimento, i

vantaggi dell'assicurazione resterebbero ad esclusivo beneficio della persona designata nel contratto (art. 453 Cod. comm.).

Tutte queste indicazioni dovrebbero essere offerte non solo nella domanda di moratoria susseguente la domanda di fallimento, ma anche in quella che precede la dichiarazione di fallimento. Nè varrebbe l'opporre che in tal caso chi domanda la moratoria non è ancora fallito e che quindi non possa ricorrersi per analogia alle disposizioni relative al fallimento. Se in quel momento non è ancora dichiarato, può però essere dichiarato in conseguenza del rigetto della domanda di moratoria (art. 827, ult. alin., Cod. comm.).

I creditori d'altra parte hanno indiscutibile diritto che sia legalmente denunciato tutto il patrimonio del loro debitore, e siccome questi può essere ritenuto in istato di fallimento, è ragionevole l'ammettere che tutte le disposizioni generali della legge sui fallimenti proteggano i diritti dei creditori in conflitto con quelli della moglie del debitore, che chiede la moratoria.

Il debitore deve altresì indicare l'ammontare del passivo; la sola indicazione dell'ammontare delle passività non può però essere sufficiente; e quindi la legge prescrive che il debitore debba unire alla domanda di moratoria *un elenco nominativo di tutti i suoi creditori coll'indicazione del loro domicilio e della somma dei loro crediti* (art. 819 Cod. comm.). Tutti i creditori, civili o commerciali, dovranno essere denunciati, i crediti riconosciuti o pretesi, i privilegiati, gli ipotecari, quelli della moglie del debitore, i crediti muniti di pegno ed i crediti a termine. Non devono essere omessi nemmeno i crediti *sub conditione,* poichè la condizione può avverarsi nel frattempo fra la presentazione della domanda

e la emanazione della sentenza che la concede. Il debitore, anche se contesti un credito, deve indicarlo.

La legge richiede anche l'indicazione del domicilio dei creditori, perchè è necessario conoscerlo per la eventuale convocazione dei creditori.

**74.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo (art. 2) vuole che il ricorrente, insieme alla domanda, presenti i suoi libri di commercio, lo stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività e l'elenco nominativo di tutti i suoi creditori con la indicazione dei rispettivi crediti e domicilii, e se si tratta di società, come abbiamo già visto, i documenti che comprovano la sua regolare costituzione. Il progetto vuole altresì che il debitore, oltre l'esposizione degli avvenimenti e delle ragioni che determinano la sua domanda, indichi anche i patti e le condizioni che intende proporre ai suoi creditori o i motivi pei quali non può indicarli immediatamente. Di questa indicazione dei patti e condizioni il progetto non ne fa un obbligo assoluto, imprescindibile, giacchè, come dice la relazione (pag. 49), troppe volte, e specie nel caso di estese aziende con parecchie succursali, mancherebbero gli elementi necessari per una proposta concreta e positiva.

« Pel medesimo motivo, aggiunge la relazione, potrebbe essere difficile e talvolta impossibile al debitore di presentare col ricorso l'elenco nominativo di tutti i suoi creditori con la indicazione della somma dei loro crediti e del loro domicilio. In questo caso, che dev'essere eccezionale e del quale si devono pertanto esporre i motivi, provvede il tribunale assegnando col decreto un termine pel completamento dell'elenco (art. 3, alin. 4°). Il termine dovrà esser breve; mentre, senza l'elenco, manca la possibilità di par-

tecipare ai singoli creditori l'apertura del giudizio di concordato e di avviare quindi con sollecitudine la procedura ».

**75.** Qualora la domanda di moratoria sia presentata allo scopo di evitare il fallimento e cioè quando il patrimonio del debitore è ancora da questi amministrato, insieme alla domanda si deve depositare nella cancelleria del tribunale la somma occorrente per le spese (art. 827 Cod. comm.), di convocazione, di affissioni, inserzioni, e per le spese di perizia che il presidente od il tribunale intendesse di ordinare. Il presidente del tribunale ne fisserà l'importo; ma questa determinazione non può essere che provvisoria; se le spese sono rilevanti, il cancelliere potrà chiedere un supplemento. Ben inteso il cancelliere dovrà render conto degli esborsi e restituire l'eccedenza. Qui non si tratta di giudizio; per cui non potrebbe il debitore essere ammesso al beneficio del gratuito patrocinio, nè in altro modo ottenere l'esenzione da tale obbligazione.

**76.** La domanda di moratoria, susseguente la dichiarazione di fallimento, dev'essere presentata entro i tre giorni successivi alla pubblicazione della sentenza che ha dichiarato il fallimento (art. 819 Cod. comm.). Nessun termine invece è dalla legge assegnato per la domanda di moratoria precedente la dichiarazione di fallimento.

La Commissione legislativa ha ritenuto che queste disposizioni non abbian bisogno di essere motivate (*Verb.*, n. 920), ma non si arriva a giustificare una tale disposizione col dire che il debitore non può ignorare fino a qual punto si estendano le sue forze patrimoniali e ch'egli ha interesse di ottenere una dilazione interrompendo i tristi effetti della dichiarazione di fallimento. Appunto perchè lo stesso debitore ha interesse di sottrarsi al più presto possibile agli

effetti del fallimento, non occorreva prescrivergli un termine perentorio.

A mio avviso, se era necessario stabilire un termine, questa necessità ci sarebbe stata nella sola domanda di moratoria precedente la dichiarazione, in relazione a quanto dispone l'art. 686, il quale vuole che il fallito entro tre giorni dalla cessazione dei pagamenti ne faccia la dichiarazione al tribunale; e onde impedire che il debitore dopo la cessazione continui nel possesso e nell'amministrazione dei suoi beni; ma dopo la dichiarazione di fallimento, dopo appresa tutta la sostanza, dopo che il fallito è privato dell'amministrazione non v'era ragione di stabilire per la domanda di moratoria, nemmeno nell'interesse dei creditori, un termine decorribile *dalla pubblicazione* della sentenza. Il fallito può essere in buona fede e presentare tutti i requisiti necessari per ottenere la moratoria anche dopo tre giorni dalla dichiarazione di fallimento. Giudicherà il tribunale a seconda dei casi se la domanda sia o no troppo tardiva, e se il ritardo sia o no scusabile.

La cessazione dei pagamenti può avere molteplici e gravi conseguenze, se non altro agli effetti della retrodatazione; ragionevole quindi che in nessun modo si protragga con danno dei creditori; ma dichiarato il fallimento che danno può mai recare la tardiva domanda, se gli effetti della moratoria non cominciano dalla presentazione della medesima, ma dalla concessione?

**77.** La relazione della sotto-Commissione sul progetto di concordato preventivo (pag. 13) nota che la disposizione della legge francese (art. 2 della legge 4-5 marzo 1889), la quale non ammette la liquidazione giudiziaria che su ricorso presentato entro quindici giorni dalla cessazione dei

pagamenti, fu censurata da un parere della Cassazione di Francia e dal tribunale di commercio della Senna (*Journal des faillites,* V, 1886, pag. 131-148) e da Lyon Caen (*Exposé de la législation anglaise sur la faillite - Bankruptcy-Act 1883 - et sa comparaison avec le projet français de reforme de la loi des faillites*, nel *Journal des faillites,* VII, 1888, f. 241-264 e nel *Bulletin de la Société de législation comparée,* XVII, 1887-1889, pag. 292-316) e che la giurisprudenza francese inclina ora a concedere al commerciante onesto il beneficio della liquidazione giudiziale anche se non ha presentata la domanda entro quindici giorni dalla cessazione dei pagamenti, riconoscendo ai giudici un potere discrezionale di apprezzamento a seconda della diversità dei casi (Appello di Tolosa, 25 giugno 1893, DP. 1894, II, 312; Tribunale di Pontarlier, 2 nov. 1893, DP. 1894, II, 512; Thaller negli *Annales de droit commerc.,* 1890, II, 209).

« Il progetto, come dice la Relazione (pag. 13), si discosta dalla legge francese, perchè non fissa un termine perentorio dalla cessazione dei pagamenti per la presentazione della domanda di concordato ». Già nella discussione di quella legge presso la Camera (seduta del 16 ottobre 1888) un deputato, il De La Batie, avea acutamente fatto notare « come nella pratica degli affari sia malagevole distinguere il giorno in cui i pagamenti sono soltanto differiti, da quello in cui sono realmente sospesi; la dilazione sollecitata dal debitore e concessa dal creditore, da quella che rappresenta una operazione di credito .... Se il commerciante onesto può illudersi per mesi, per anni intieri; se la giustizia stessa può ingannarsi nello stabilire la data della cessazione dei pagamenti, cosicchè sei, otto mesi dopo si discute per tutti i gradi di giurisdizione a quale epoca debba farsi risalire

quella data — come si pretende che il commerciante, nell'imbarazzo dei propri affari, contro cui lotta con energia tanto più febbrile, quanto più è onesto, sia tenuto, sotto pena di decadenza dal beneficio del concordato preventivo, a fare la dichiarazione della cessazione dei pagamenti nei quindici giorni dal suo verificarsi...? » Il termine fatale, prosegue la Relazione, ha dunque un punto di partenza incerto pei giudici e per lo stesso debitore. La determinazione del giorno preciso in cui ebbe luogo la cessazione dei pagamenti è una finzione quando si fa coincidere con la data della sentenza, che dichiara il fallimento (art. 704, 2° alin. Cod. comm.), o è il semplice accertamento di un fatto noto di cessazione dei pagamenti non escludente che altri casi non noti d'insolvenza l'abbiano preceduto; o è la conseguenza di una investigazione retrospettiva sui mezzi rovinosi o dolosi adoperati per mantenersi solvente (art. 705 Cod. comm.); o rappresenta una decorrenza arbitraria consigliata dal sentimento di equità se tende ad infirmare diritti di prelazione acquistati da troppo accorti creditori nel periodo sospetto. »

« Ma supposta pure la possibilità di determinare in modo tranquillante la data dèlla cessazione dei pagamenti, è considerare unilateralmente il problema, allorchè si fa dipendere la concessione del concordato dalla domanda che fa il debitore del proprio stato entro un periodo fatale da quell'avvenimento. Si disconosce in tal modo il sentimento naturale che induce il debitore a illudersi sulla propria situazione e sui mezzi più adatti per tirarsene fuori. Questa resistenza morale non è affatto indegna di considerazione; spesso il ritardo è consigliato da affidamenti venuti meno. In conclusione: la legge francese, sorta col proposito di

soccorrere il commerciante onesto e sventurato, spiega contro di lui un rigore eccessivo, perchè prescinde dai momenti vari e non tutti colpevoli che possono suggerire al debitore di ritardare la denuncia del proprio stato ». Questi esaurienti motivi mi sembrano indiscutibili!

**78.** Se la domanda di moratoria è presentata dal fallito al *presidente* del tribunale, constatata la presentazione del bilancio e dell' elenco dei creditori, il presidente ordina la convocazione dei creditori. — Se invece la domanda è presentata dal debitore non ancora dichiarato fallito, il *tribunale* dovrà, prima di convocare i creditori, verificare se le giustificazioni addotte appariscano sufficienti, se ci siano debiti non dichiarati o crediti insussistenti, se il debitore sia colpevole di dolo o di mala fede e finalmente se il suo attivo offra la speranza del totale pagamento dei debiti (art. 819, 826 e 827 Cod. comm.). Non si può seriamente pretendere che il tribunale in sì breve tempo possa verificare a fondo la situazione del debitore nè pronunziarsi sul valore di certi contratti, sulla validità delle ipoteche, o sulla solvibilità dei debitori, l'esame non può essere che sommario e molto superficiale. Basterà che il tribunale investighi se il debitore apparisca disgraziato e di buona fede, se le addotte circostanze di fatto possano essere state le cause dell'imbarazzo e costituiscano avvenimenti imprevidibili od almeno impre-visti, se le speranze del debitore sieno sincere e proporzionate all'attivo realizzabile; in altre parole, se sieno serie almeno apparentemente; se l'attivo ed il passivo denunciato e la nota dei creditori corrispondano alle registrazioni; se il debitore chiamato a dar spiegazioni le abbia date, almeno in apparenza, sincere e plausibili. Sarebbe ragionevole che il tribunale si facesse ajutare in quest'esame preliminare,

da persona pratica di affari e di registrazioni commerciali.

La legge però vuole che il tribunale prima di decidere se debba o no dar corso alla domanda e convocare i creditori, senta il ricorrente in camera di consiglio (art. 827 Cod. comm.). Il tribunale interrogherà il debitore in camera di consiglio su quanto crederà opportuno onde illuminarsi sul vero stato delle cose, prendendo a base le denunciate condizioni del suo patrimonio, ed i prodotti documenti.

Più limitato è l'ufficio preliminare che è demandato al presidente in seguito alla domanda di moratoria presentata dal debitore che fu già dichiarato in istato di fallimento. Egli è chiamato soltanto a verificare la presentazione dei libri, del bilancio e dell'elenco dei creditori (art. 829 Cod. comm.). Nel solo caso in cui questa presentazione non sia stata effettuata egli può esimersi dall'ordinare la convocazione; ma in nessun caso potrà dar giudizio sulla domanda di moratoria. La legge, data la presentazione dei libri, del bilancio e dell'elenco gli fa obbligo di convocare i creditori, perchè il giudizio sulla domanda eccederebbe i limiti dei poteri attribuiti al presidente. Da una parte, in questo caso non v'è alcun danno nell'ammettere che il procedimento della moratoria abbia il suo corso dal momento che il fallito presenta i dati per poter giudicare se si debba o no accordargli quel beneficio, dati che devono essere completati colla convocazione dei creditori. D'altra parte trattandosi di domanda presentata da chi è già dichiarato fallito, procedendo all'istruttoria non si crea alcun pericolo, perchè il patrimonio del debitore è già sottratto alle sue mani, ed affidato al curatore, sotto la sorveglianza del giu-

dice delegato, e perchè l'istruttoria della domanda di dilazione non arresta il corso delle operazioni del fallimento (art. 820 Cod. comm.).

Il prof. Supino (*Archivio giurid.*, XVIII, pag. 317) osserva che la lettera della legge potrebbe far supporre che il presidente del tribunale possa addirittura concedere la moratoria, prescindendo dalla convocazione dei creditori, sebbene lo spirito della legge tolga in proposito ogni dubbio. Ma, come vedremo, non solo il presidente, ma nemmeno il tribunale, potrebbe saltare a piè pari i creditori ed accordare senz'altro la moratoria (v. n. 79).

Dichiarata dal presidente inammissibile l'istanza, questa non potrebbe più essere presentata, nemmeno con nuovi documenti, se fosse già spirato il termine perentorio di tre giorni entro i quali la domanda di moratoria deve essere presentata (M. Vita-Levi, op. cit., § 12, e Vidari, *Corso di diritto comm.*, n. 4870).

Potrebbe essere ripresentata, se il termine di tre giorni non fosse ancora decorso (Tartufari, op. cit., nn. 54-56). — Ma il termine di tre giorni è improrogabile; perchè perentorio, in quanto che la legge non ammette altra domanda che quella presentata entro quel termine (art. 819 Cod. comm.); e quindi commina la decadenza, scaduto che sia quel termine (art. 46 Cod. proc. civ.). E giustamente il Tartufari nota la evidente contraddizione in cui è incorso il Vidari (op. cit.) avendo egli detto al n. 4867 (2ª ediz.), che *questo termine non può mai essere prorogato,* ed ammesso poi, al n. 4870 che, in via eccezionale, in caso di manifesta impotenza non imputabile al fallito, si possa concedergli una brevissima proroga.

Se invece la domanda vien presentata dal debitore prima

che sia dichiarato fallito, non è più il presidente, ma il tribunale in camera di consiglio che ne prende cognizione; non è più un obbligo, ma una facoltà che ha il tribunale di prendere o no in considerazione la domanda e di ordinare la convocazione dei creditori. La Commissione legislativa (*Verb. XLVI*, n. 921) diceva: *Val meglio quindi rimettere all'equo apprezzamento dell'autorità giudiziaria tanto la valutazione di tutte le circostanze, attribuendo al presidente del tribunale il potere di ritenerla* **inammissibile** *appena presentata, benchè sia apparentemente conforme alle condizioni accennate al n. 920 Verb., ed al tribunale la facoltà di concederla o di negarla, dopo sentiti i creditori, in base a quelle considerazioni che egli troverà di desumere dalle loro dichiarazioni e dagli atti che gli sono prodotti.*

Non essendoci curatore, nè giudice delegato, ed essendo il patrimonio ancora in mano del debitore, bisognava evitare il pericolo che il debitore colla domanda di moratoria riuscisse a rimaner in possesso della sostanza, a farne sperpero, ed a ritardare la dichiarazione di fallimento. Perciò il tribunale non si limiterà, come il presidente, a verificare la presentazione dei libri, del bilancio e dell'elenco dei creditori (art. 820), ma dovrà giudicare *se le giustificazioni addotte appariscano sufficienti* (art. 827 alin. Cod. comm.).

Già notai che non si potrà certamente pretendere che in sì breve spazio di tempo il tribunale possa verificare a fondo la situazione.

**79.** Il tribunale, presa conoscenza dell' affare, con piena ed assoluta libertà di apprezzamento, giudicherà se convenga rigettare senz'altro la domanda oppure prenderla in considerazione. Nel primo caso, rigettando la domanda di moratoria, dichiarerà senz'altro il fallimento.

Nel secondo caso, quando cioè la domanda sia giudicata degna di esser presa in considerazione, il tribunale fisserà il luogo, il giorno e l'ora pella convocazione dei creditori e nominerà un giudice avanti il quale i creditori saranno invitati a comparire. La Commissione legislativa diceva: « I creditori devono quindi essere *in ogni caso* sentiti e dev' essere loro aperta la via di fare liberamente tutte le dichiarazioni che crederanno opportune su tutti i punti, ai quali deve riferirsi la pronunciazione giudiziaria » (*Verb.*, n. 921). Se anche il tribunale potesse in breve tempo giudicare se il debitore sia o no commerciante, se le condizioni nelle quali trovasi il debitore sieno derivate da colpa di lui o piuttosto da caso fortuito o da forza maggiore, se i suoi registri sieno o non regolari, se egli sia o no in buona fede, non potrà mai con egual sollecitudine, e prima della verificazione dei crediti, giudicare quale sia la maggioranza effettiva di numero e di somma dei creditori.

Giustamente la Corte d' appello di Roma (Sentenza 7 marzo 1889 in causa Carmignani-Ovis) osservava, che anche ritenendo la domanda degna di essere presa in considerazione, non potrebbe il tribunale saltare a piè pari la convocazione, ed accordare senz' altro la moratoria, e che è logico e razionale che preliminarmente e nel più breve termine possibile siano convocati i creditori, poichè sono i creditori la parte contro cui la moratoria è diretta, non essendo la domanda tendente che ad inibire temporaneamente l'esercizio dei loro diritti di credito. È ciò elementare pel disposto dell'art. 38 Cod. proc. civ. Si ripete, dice la Corte stessa, è razionale, è indispensabile la pronta convocazione dei creditori, poichè sono essi soli che offrono il miglior controllo delle assertive del debitore, caduto in

deplorevoli condizioni, e possono ben anco interloquire sulle possibili magagne dei libri commerciali, che non sono opera che del commerciante. Ed è tanto necessaria la convocazione dei creditori che pel fatto loro si potranno non solo economizzare inutili spese, ma potrà forse anteciparsi il doloroso passo della dichiarazione del fallimento per quel tanto di bene che si potrà guadagnare nell' interesse dei creditori ed anche del debitore stesso (Cons. Tartufari, *La Moratoria,* nn. 57, 276-278).

Questa decisione sulla convocazione dei creditori, se anche emessa dal tribunale in camera di consiglio (articolo 827, primo capov., Cod. comm.), non è una vera e propria sentenza nel senso giuridico della parola, sebbene così sia chiamata dalla legge; non è altro in sostanza che un atto di istruttoria, col quale il tribunale dichiara puramente e semplicemente che fino a quel punto del procedimento nulla osta a che la domanda sia presa in considerazione e a che il procedimento continui. Se, ad esempio, fosse pubblicamente notorio che chi chiede la moratoria è un frodatore, riconosciuto come tale anche da precedenti giudicati, sarebbe inutile continuare una procedura che non potrebbe raggiungere il suo scopo; meglio vale rigettare senz'altro la domanda, decidendo che la procedura per la concessione della moratoria non abbia corso ulteriore. Si osserverà che con questo potere esorbitante, interessi considerevoli possono essere compromessi da una decisione presa irreflessivamente. Ma contro l' irriflessione dei tribunali non vi ha, come abbiamo già osservato, altro mezzo che quello di toglier loro ogni potere, poichè colle sentenze precipitate possono sempre i tribunali cagionar la rovina delle famiglie, nè la legge potrebbe recar rimedio

all' insipienza e leggerezza dei magistrati. Avendo invece fiducia nella magistratura è ragionevole concederle la facoltà di troncare fin dal suo nascere un procedimento diretto a concedere un beneficio a chi ne è già giudicato immeritevole.

**80.** La legge per questa convocazione fissa un termine, che varia a seconda che si tratti di moratoria precedente o susseguente la dichiarazione di fallimento; nel primo caso *vuole* che sia il *più breve termine possibile e non oltre i quindici giorni* (art. 827, Cod. comm.), e, nel secondo caso, vuole che i creditori sieno convocati in un *giorno non posteriore a quello della prima adunanza ordinata colla sentenza dichiarativa del fallimento* (art. 820, Cod. comm.), adunanza che deve aver luogo entro venti giorni dalla data di questa sentenza (art. 691, n. 4 Cod. comm.). E nell'un caso e nell'altro l'urgenza è evidentissima; nel primo caso per non ritardare di troppo la eventuale dichiarazione del fallimento di un debitore che si dichiara egli stesso di essere in condizioni anormali, di aver cessato o di esser in procinto di dover cessare dal fare i suoi pagamenti; nel secondo caso per non intralciare la prosecuzione dell'ordinaria procedura del fallimento già dichiarato. Sia nel primo che nel secondo caso il termine può però essere infinitamente ridotto, perchè la legge non fissa il minimo ma solo il massimo. Il termine dovea esser breve per evitare dannose lungaggini; ma il presidente od il tribunale dovranno ben guardarsi dal raccorciare di troppo il termine per lasciar ai creditori lontani la possibilità di rispondere all'invito e per dar tempo al giudice delegato di rendersi esatto conto della situazione e poter così nella convocazione, che egli dovrà presiedere (art. 907, Cod. comm.), fare ai cre-

ditori una relazione completa delle cose, e fornire loro le informazioni necessarie perchè essi dieno un voto illuminato.

Dissentendo dall'opinione espressa dal Vidari, parmi abbia ragione il Tartufari (op. cit., n. 80), il quale ritiene che, non potendosi sempre pretendere dal debitore una prova precostituita dell'eccedenza dell'attivo, il tribunale, in questo periodo di tempo, abbia facoltà di ordinare anche atti tendenti a constatare il concorso di questa condizione.

**81.** La legge chiama *ordinanza* il provvedimento col quale il presidente ordina la convocazione dei creditori. Questo provvedimento non è veramente un' ordinanza, ma un *decreto,* perchè fatto sopra ricorso del debitore senza citazione (art. 50, Cod. proc. civ.).

La pubblicità del decreto presidenziale o della sentenza del tribunale che ordina la convocazione dei creditori, per quanto dannosa possa riescire, è assolutamente indispensabile. Se anche fosse possibile convocare i creditori alla chetichella, non si potrebbe ammettere la moratoria clandestina, la quale, se anche salvasse il credito del debitore dal danno derivante dalla brusca rivelazione del suo stato, esporrebbe il credito del commercio in generale a irreparabile jattura.

**82.** Alle obbiezioni che il commerciante concordatario, già nell' imbarazzo per soddisfare alle sue obbligazioni quando i suoi creditori si illudevano sul suo credito, non potrà più proseguire il suo commercio, perchè demolito dalla pubblicità, risponde con ottime osservazioni la sotto-Commissione compilatrice del progetto sul concordato preventivo (pag. 18) « Questo della pubblicità è lo scoglio contro cui possono frangersi i migliori propositi d'un legislatore. I commercianti avversano ogni pubblicità che ar-

resti il loro credito. Si illudono ed illudono sulla bontà dei loro espedienti. L' amor proprio, il pudore commerciale, l'affidamento abituale nell'alea e nelle sue subitanee vicende, le speculazioni allo scoperto che modificano di balzo le situazioni, sono spinte troppo forti perchè prevalga il prudente consiglio di ricorrere apertamente ai creditori prima che l' estrema jattura sia giunta. Per questo la pubblicità del giudizio preoccupa, potrebbe quasi dirsi, atterisce! Ma come evitarla, come restringerla, se essa è l'unica garanzia della legittimità e della serietà del concordato? L' omologazione non può vincolare una minoranza riluttante al deliberato della maggioranza, se il sospetto di abusi, troppo facili in ogni conflitto di interessi, non è tolto o scemato. Gli accordi stragiudiziali o clandestini, necessariamente diversi nei rapporti dei singoli creditori, ora restii e malevoli, ora condiscendenti, raramente sono schietti nella sostanza e nella forma e sono incerti sempre nelle conseguenze giuridiche e nella loro esecuzione. Rappresentano un pericolo e un danno per la moralità pubblica, pel commercio, pegli stessi creditori. Chi assicura la reale entità dell' attivo, su cui si fonda ogni calcolo per l' accettazione o il rifiuto del concordato? Chi garantisce la sussistenza effettiva dei crediti o premunisce dai loro artificiali e postumi ingrossamenti? Chi sta mallevadore della integrità del patrimonio durante gli accordi? Chi della eguaglianza di trattamento dei creditori che è la base di ogni concordato? . . . . . . Senza la pubblicità che richiami al concorso tutti i creditori, noti ed ignoti; che chiarisca verso tutti la situazione economica, giuridica e morale del debitore, impedendo o difficultando almeno ogni abuso da parte di costui, non può ordinarsi una procedura di liquidazione, la

quale, se abortisce, conduce irreparabilmente al fallimento. L'interesse generale deve prevalere a quello individuale del debitore che, in fondo, eleva a esigenza giuridica una morbosa suscettibilità. Non si tratta, — osservava il Milliard alla Camera francese (Sed. 18 ottobre 1888), ripetendo una frase felice del Larombière, *de menager la pudeur commerciale* dello sventurato costretto a ricorrere al concordato preventivo, ma che in definitiva ha cessato di far onore ai suoi impegni. Vi sono gli interessi dei terzi che prevalgono a questi falsi riguardi di puro sentimentalismo e non di rigoroso diritto. Il progetto, conformandosi pertanto a questi criteri, volle e attivò quale solida garanzia del giudizio, una estesa e razionale pubblicità » (art. 4).

**83.** La legge affida allo stesso debitore la cura di far *notificare* immediatamente l'ordinanza di convocazione a tutti i creditori, ed anche al curatore, quando il fallimento sia già dichiarato.

Il sistema è troppo dispendioso e scorretto. Per lungo tempo si agitò nella giurisprudenza, la questione se colla parola *notificazione* si fosse inteso semplicemente di ordinare di *dar notizia* ossia *avviso* della sua esistenza, oppure di notificare l'atto integrale a mezzo d'usciere (avv. Girolamo Errera, *Temi Veneta*, IX, pag. 605). Fortunatamente prevalse la prima opinione e così all'inconveniente del perditempo e della spesa esagerata rimediò la pratica e la giurisprudenza, ritenendo che a tale *notificazione* si possa supplire con avviso speciale dato dal debitore con lettera raccomandata consegnata alla posta almeno otto giorni prima di quello stabilito per l'adunanza, ritenendo che questo mezzo basti per raggiungere l'intendimento del legislatore

che fu soltanto quello che il creditore sia avvisato del giorno della convocazione (art. 906, Cod. comm.). Ed è invero strano che, di fronte al voto ormai concorde della giurisprudenza, il Tartufari, nel suo recente lavoro (*La Moratoria,* n. 58), insista ancora nell'opinione che occorra la notificazione a mezzo d'usciere, come condizione della regolarità della procedura per la concessione della moratoria. Se anche l'art. 78 del Regolamento per la esecuzione del Codice di commercio cita soltanto gli avvisi previsti dagli articoli 724, 744, 762 e 809 Cod. comm., e non quelli indicati dall'art. 820 dello stesso Codice, ciò non toglie che, pel principio di analogia (art. 3, alin. Disp. prelim. Cod. civ.) si possa ricorrere al disposto dell'art. 906 Cod. comm. che contempla *ogni caso di convocazione dei creditori* per la procedura di fallimento. — Si risolve la questione colla questione affermando che il legislatore, dicendo nell'art. 820 che l'ordinanza deve essere *notificata*, abbia voluto la notificazione a mezzo d'usciere.

Ma questo geloso incarico non dovrebbe essere affidato al debitore, bensì al cancelliere sotto la sorveglianza del giudice delegato, il quale dovrebbe sottoscrivere le lettere di convocazione. Non è da temere però che il debitore artificiosamente faccia pervenire in ritardo l'avviso a quel creditore che avesse motivo di credere contrario all'accoglimento della domanda (M. Vita-Levi, *La moratoria,* § 18) perchè, se per analogia si ricorre al disposto dell'art. 906 Cod. comm., si deve rispettare anche il termine di *otto giorni prima di quello che è stabilito per l'adunanza,* termine che, a seconda di detto articolo, deve intercedere tra l'impostazione della lettera raccomandata ed il giorno dell'adunanza. Piuttosto è assurdo che il termine debba decorrere dall'impostazione della let-

tera raccomandata, ossia dalla spedizione; il termine dovrebbe essere computato dall'arrivo dell'avviso al destinatario; altrimenti si viene a concedere ai creditori un termine tanto più breve quanto più lontana è la loro residenza e viceversa. I creditori lontani potrebbero essere invitati con telegrammi raccomandati (art. 45 e segg., Cod. comm.).

Ma le lettere raccomandate ed i telegrammi possono essere spediti soltanto ai creditori conosciuti, soltanto a quelli i cui nomi siano stati denunciati dal debitore; mentre interessa che tutti i creditori indistintamente, ed anzi specialmente quelli omessi dall'elenco presentato dal debitore, anche quelli che possedono titoli al portatore, o all'ordine e che sono quindi quasi sempre sconosciuti, sieno invitati all'assemblea. La legge quindi non si limita a prescrivere la notificazione dell'ordinanza o gli avvisi con lettere raccomandate, a cura del debitore; vuole altresì che l'ordinanza o la sentenza che convoca i creditori sia affissa od inserita nel giornale degli annunzi giudiziari (art. 912, Cod. comm.); ma ciò non basta, perchè queste formalità in pratica riescono di utilità molto dubbia; la legge anzichè lasciare al giudice delegato la facoltà di prescrivere l'inserzione in altri giornali (art. 912, Cod. comm.), dovrebbe prescrivere che il presidente od il tribunale nell'ordinare la convocazione designasse uno o più giornali politici, nei quali si dovessero inserire gli avvisi di convocazione.

**84.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo, all'intento che la pubblicità da darsi al decreto di convocazione, sia ampia, seria, tranquillante, così che creditori e terzi interessati siano avvertiti della esistenza della procedura e vi sia la morale certezza che conforti la presunzione legale della sua notorietà, vuole (art. 4) che il de-

creto, a cura del cancelliere e previo deposito della somma da lui presunta necessaria, sia pubblicato mediante affissione alla porta esterna del tribunale e per estratto nel foglio degli annunzi giudiziari. Se l'elenco nominativo dei creditori non è completo o sia opportuna una maggiore pubblicità il tribunale designa altri giornali, anche esteri, nei quali debba farsi la inserzione. Il cancelliere comunica a ciascun creditore con lettera o telegramma, a seconda delle distanze, da spedirsi raccomandato, un avviso contenente il nome del debitore, la data del decreto che convoca i creditori; l'invito a dichiarare i crediti; il luogo, il giorno e l'ora dell'adunanza, con la sommaria indicazione delle proposte del debitore. E le prove delle pubblicazioni e delle partecipazioni debbono essere unite agli atti.

**85.** La legge vigente vuole che l'ordinanza di convocazione sia notificata immediatamente anche al curatore (art. 820 penult. alin., Cod. comm.). Allora il curatore definitivo non sarà ancora nominato, perchè la domanda di moratoria deve essere presentata nei tre giorni successivi alla pubblicazione della sentenza che dichiarò il fallimento, e la convocazione deve aver luogo in un giorno non posteriore a quello della prima ordinanza nella quale i creditori devono essere consultati intorno alla nomina definitiva del curatore. — L'intervento del curatore, quantunque provvisorio, potrà tuttavia essere utilissimo, perchè nelle importanti sue attribuzioni (art. 748 e 750 Cod. comm.) può aver acquistato sufficiente notizia dello stato degli affari del debitore, specialmente se ha già assunto la continuazione dell'esercizio del commercio del fallito, e potrà offrire utili informazioni anche sulla verità ed entità dei singoli crediti. Per quanto sia persona imparziale e degna

della maggiore fiducia può, è vero, avere un interesse affatto contrario alla concessione della moratoria, ma questa possibilità non è ragione sufficiente per consigliare il legislatore a tener lontano il curatore provvisorio dall'adunanza dei creditori, perchè, se anche sarà chiamato a dare il suo voto consultivo sulla domanda di moratoria e sulla durata di questa, il tribunale saprà apprezzare le ragioni da lui adotte a giustificazione del suo voto (V. in senso contrario M. Vita-Levi, *La moratoria,* § 20 *bis*).

**86.** Dovranno essere invitati all'adunanza anche i creditori che avessero rinunciato a far valere i loro crediti? A prima vista parrebbe di no, perchè chi rinuncia ad un credito non è più creditore e perchè anche la rimessione è un modo di estinguere la obbligazione (art. 1236 Cod. civ.). Ma per omettere dall' elenco tali creditori bisogna che il debitore sia ben certo che la loro rinuncia sia definitiva; altrimenti si aprirebbe la porta agli abusi. — Suppongasi, per esempio, che un debitore non annoveri fra i creditori la moglie, perchè questa abbia dichiarato di rinunciare al suo credito verso di lui; la rinuncia di lei non avrebbe efficacia giuridica, senza l'autorizzazione del tribunale (art. 136 Cod. civ.). Dato che il tribunale negasse questa autorizzazione, il credito della moglie verrebbe ad aumentare il passivo, e forse a rendere eccedente l' attivo, mentre prima era inferiore e sopratutto a spostare la maggioranza per somma nel voto dei creditori. Io ritengo quindi che il debitore debba enunciare anche i crediti, la rinuncia dei quali non sia certissima, lasciando cura al tribunale di giudicare, se la rinuncia sia o no giustificata, se debbano o no esser computati per il rapporto tra l'attivo e il passivo e per il computo delle maggioranze.

**87.** Soltanto colla verificazione dei crediti si potrà accertare quali e quanti siano i creditori ed i crediti — e durante la liquidazione si potrà con serietà apprezzare le attività patrimoniali e verificare lo stato degli affari. Il tribunale, ogni qualvolta ritenga ammissibile la domanda, solo in tal modo potrebbe procurarsi gli elementi necessari per giudicare poi con maturità di senno se si debba o no accordare la moratoria in via definitiva.

La legge nostra, quanto alla verificazione del passivo in sede di moratoria, si limita a dichiarare che il processo verbale della prima ed unica adunanza dei creditori, la quale di solito ha luogo otto o dieci giorni dopo la presentazione della domanda di moratoria, deve indicare le dichiarazioni dei *creditori comparsi* e del curatore *intorno alla verità ed entità dei singoli crediti* (art. 821 Cod. comm.). Non v'è bisogno di dimostrare ciò che è intuitivo, e cioè che questo sistema può dar luogo a gravi inconvenienti e non offre alcuna garanzia; non può garantire che persone estranee al ceto creditorio non prendano parte all'assemblea, nè offre il mezzo di colmare le eventuali omissioni, nè di rettificare le inesattezze dell'elenco dei creditori che il debitore deve presentare; per modo che non si potrà mai constatare con esattezza l'entità del passivo nè le maggioranze di numero o di somma. Ma, ammessa la necessità o l'opportunità di un voto, sia pure semplicemente consultivo, il quale, come vedemmo, anche col sistema della legge vigente, diventa deliberativo quanto alla concessione di una seconda moratoria, il legislatore avrebbe dovuto esigere che il biglietto di ingresso all'assemblea, e che la condizione per poter partecipare al voto fosse la prova della qualità di creditore, il titolo del credito. Lo stesso legisla-

tore ha ritenuto insufficiente la notificazione dell'ordinanza di convocazione ai creditori indicati nell'elenco prodotto dal debitore (art. 819, 820 e 827 Cod. comm.), tant'è vero che ha ordinato anche l'affissione dell'ordinanza di convocazione pronunciata giusta gli art. 820 e 827, — appunto allo scopo che anche i creditori omessi nell'elenco possano intervenire nelle adunanze. Se bastasse la notificazione ai creditori portati dall'elenco mancherebbe di scopo l'affissione. È necessario quindi che tutti i creditori indicati o non indicati nell' elenco sieno invitati e producano i loro titoli prima dell'assemblea. Il termine da assegnarsi per la produzione di questi titoli potrebbe esser breve e non suscettibile di prolungamento nemmeno in favore dei creditori stranieri, poichè essi decaderebbero soltanto dal diritto di partecipare al voto sulla moratoria e non mai da quello di partecipare ai dividendi. Il debitore ed i creditori sarebbero interessati a vigilare che i creditori non manchino e la legge potrebbe facilitare la trasmissione dei titoli, escludendo le note bollate ed ammettendo le insinuazioni dei crediti col semplice mezzo di lettere raccomandate.

Ogni creditore dovrebbe essere ammesso a contestare i crediti degli altri ed il tribunale, con una sola ed unica sentenza, dovrebbe statuire su tutte le contestazioni prima dell'assemblea chiamata a dare il suo voto sulla concessione della moratoria definitiva; ed anche questo giudizio si potrebbe provocare con tutta sollecitudine, se il tribunale, in ciò che concerne i crediti contestati, lasciasse impregiudicata ogni questione di merito, e si limitasse a giudicare sull' ammissione dei crediti contestati in tutto od in parte solo agli effetti delle deliberazioni sulla concessione della moratoria. L'ammissione del credito, in ragion della quale

taluno fosse stato ammesso a deliberare sulla concessione della moratoria, potrebbe tuttavia rimanere contestabile in merito e non costituire, riguardo agli altri creditori, ai condebitori ed ai fideiussori, cosa giudicata; ma soltanto pel creditore un titolo per partecipare alle deliberazioni. In tal modo pei crediti contestati ci sarebbe almeno un giudizio di delibazione, in pratica efficace a garantire la sincera espressione del voto della maggioranza molto più delle semplici dichiarazioni eventuali dei creditori intorno alla verità ed entità dei singoli crediti — e pei crediti documentati e non contestati nè dal debitore nè dai creditori si offrirebbe piena sicurezza.

**88.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo organizza in modo speciale la insinuazione, la verificazione e le contestazioni. Il relatore della sotto-Commissione così spiega il sistema del progetto (*Relazione*, pag. 62). « Spetta al giudice delegato, con la guida del commissario, compilare gli elenchi dei creditori (art. 10), innovazione affatto originale del progetto, che è necessario di brevemente illustrare. Il progetto non obbliga i creditori ad insinuare i loro crediti nella procedura di concordato preventivo, e tanto meno di corredarli dei documenti giustificativi, perchè sia riconosciuto il loro diritto (art. 8). Quelli che vorranno dare il loro voto, favorevole o contrario alle proposte del debitore, prenderanno parte al giudizio. Quelli che vorranno un sollecito ed economico riconoscimento dei loro crediti li insinueranno anche per interrompere la prescrizione che eventualmente potesse colpirli; e sorgendo dubbio sulla esistenza od entità dei medesimi, si presteranno, dietro obbligatoria richiesta del commissario (art. 9 alin. 2°) a fornire i documenti e le giustificazioni neces-

sarie. Con la loro presenza nella procedura si premuniranno e si difenderanno dalle opposizioni che contro la realtà delle loro pretese si elevassero. Insomma: il loro intervento deve essere spontaneo, facoltativo, indotto dalla tutela dei loro legittimi interessi. Dacchè il concordato omologato ha effetto in confronto di tutti i creditori, aderenti, dissenzienti e assenti (art. 26 alin. 1°), e tutti, se ammessi, hanno senz' altro diritto al dividendo promesso, ogni costringimento a partecipare al giudizio è superfluo e vessatorio. È pertanto sulla base dei libri e delle carte del fallito e delle notizie, che può raccogliere, che il commissario verifica l'elenco dei creditori presentato dal medesimo (art. 9 alin. 1°). Le dichiarazioni dei creditori servono di controllo. Nessuna ingrata sorpresa può cogliere costoro; giacchè se il commissario riconosce controverso il credito o totalmente o parzialmente, deve rivolgersi al creditore per ottenere le necessarie giustificazioni. A riparare l' assoluta omissione di qualche credito nell'elenco presentato dal debitore, varranno le ricerche accurate del commissario, la pubblicità del decreto di convocazione, la sollecitudine vigilante e cosciente di ogni creditore. Raccolti i dati necessari sul numero dei creditori, sull'entità delle pretese creditorie, sulla loro giustificazione integrale o parziale, il commissario sottopone il risultato delle sue indagini al giudice delegato. Questi compila allora tre distinti elenchi dei creditori, sieno o no dichiarati, indicando per ciascun credito la somma ed il titolo. Colloca nel primo elenco i crediti giustificati; nel secondo i crediti non pienamente giustificati, ammessi provvisoriamente affinchè partecipino alla votazione del concordato; nel terzo i crediti esclusi da questa votazione perchè non giustificati. Della iscrizione nel secondo e nel terzo elenco

indica sommariamente per ogni credito i motivi (art. 10 alin. 1°) a garanzia e per notizia dei creditori o provvisoriamente ammessi od esclusi. Gli elenchi costituiscono durante la procedura il titolo attributivo od esclusivo del voto. I creditori inscritti nei due primi elenchi votano; quelli inscritti nel terzo sono esclusi dal voto. Per tal modo le contestazioni sui crediti hanno un obbiettivo ben determinato; la loro ammissione o la loro esclusione nel calcolo delle maggioranze. Non si impugna un credito inscritto nel primo elenco se non per escluderlo; giacchè la controversia sulla maggiore o minor giustificazione mancherebbe di qualsiasi influenza se i crediti non pienamente giustificati si calcolano o votano al pari di quelli giustificati. Un creditore collocato nel secondo elenco non può formare istanza per passare nel primo e così obbligare il tribunale, in sede di omologazione, a riconoscere il suo diritto creditorio, se non è contestata la sua inscrizione nel secondo elenco eseguita dal giudice delegato. Invece, interesse hanno i creditori del secondo elenco a non esservi inclusi, e gli esclusi a passare in uno dei primi due elenchi. Il campo nettamente circoscritto delle contestazioni nella procedura di concordato è pertanto questo: il riconoscimento o disconoscimento del diritto procedurale di voto pel calcolo dei crediti e dei creditori necessari a determinare e costituire le maggioranze deliberanti. Gli elenchi originariamente effettuati nè sono nè potrebbero essere inalterabili. Si possono dare ulteriori giustificazioni e schiarimenti; rimuovere dubbi; è nell'interesse generale che le controversie si eliminino. Perciò gli elenchi, che durante l'istruttoria sono depositati nella cancelleria per agevolarne l'esame (art. 10, alin. 3°) possono rettificarsi dal giudice fino al momento della deliberazione

del concordato (art. 10, alin. 2°). Se nell'adunanza dei creditori sorgono sopra di essi contestazioni, il giudice delegato procura di conciliarle. Non riuscendo, fa notare sommariamente a verbale istanze ed opposizioni che saranno discusse dinanzi al tribunale nella stessa udienza fissata per la omologazione del concordato (art. 13, alin. 1° e 2°). Senonchè, un'altra funzione compiono gli elenchi dopo la omologazione del concordato, e d'importanza non inferiore a quella di tracciare i limiti delle eventuali controversie testè accennata. È opportuno, quasi si direbbe indispensabile, che la procedura abbia un corso rapido anche nei giudizi conseguenziali, così che i rapporti derivanti dal concordato trovino pur essi una definizione semplice e sollecita. Perciò il progetto impone l'obbligo ai creditori esclusi, inscritti cioè nel terzo elenco, di riassumere il giudizio nel termine perentorio di sei mesi dacchè la sentenza di omologazione è definitivamente esecutiva; e, una volta riassunto, di proseguirlo regolarmente, stabilendo una perenzione speciale di sei mesi che corrisponde appunto al termine originario di decadenza. Se la riassunzione non si effettua o il giudizio non si prosegue nel termine accennato, i crediti esclusi si considerano estinti. A lor volta i creditori, nel caso di concordato di liquidazione amichevole, o il debitore, unico interessato nei concordati di rimessione o dilazione, che credano di mantener viva la contestazione contro qualche credito iscritto nei primi due elenchi, elevata regolarmente nella procedura di concordato e non abbandonata, devono nel termine perentorio di sei mesi riassumere e con la stessa regolarità proseguire il giudizio. In caso contrario, i crediti contestati si hanno come riconosciuti per veri (art. 27, alin. 1°, 2°, 3°).

Il diverso trattamento fatto ai creditori esclusi e ai contestati facilmente si giustifica, giacchè a favore di questi ultimi, ammessi a votare il concordato, milita la presunzione della esistenza dei loro crediti, mentre pegli esclusi havvi una presunzione contraria. Giova sperare pertanto che il meccanismo degli elenchi raggiunga lo scopo cui è preordinato, di semplificare ed accelerare la procedura, vuoi nella fase istruttoria, vuoi in quella consecutiva dell'accertamento e della estinzione dei crediti controversi. Presentemente, in mancanza di ogni norma, i creditori sono spesso delusi nelle loro aspettative, e non di rado in condizione peggiore di quella in cui si sarebbero trovati se la liquidazione del fallimento avesse avuto il suo corso regolare e non fosse stata troncata da un concordato. »

Secondo il progetto preliminare: i debitori ed i creditori possono impugnare la sussistenza e l'ammontare dei crediti ammessi definitivamente e provvisoriamente e chiedere l'ammissione degli esclusi (art. 12, alin. 1°); il giudice delegato procura di conciliare le contestazioni, e non riuscendo fa notare sommariamente a verbale le istanze ed opposizioni da discutersi dinanzi al tribunale nella stessa udienza fissata per la omologazione del concordato. I motivi devono essere presentati nella cancelleria per essere uniti al verbale entro i cinque giorni successivi all'adunanza (art. 13, alin. 1°, 2°, 3°).

« Troppo tempo altrimenti si richiederebbe, dice la Relazione (pag. 78); troppo facile sarebbe l'ostruzionismo da parte di creditori scorretti nelle pretese e nel contegno. Ma i motivi devono addursi entro il termine indicato, diversamente istanze ed opposizioni si ritengono abbandonate (art. 13, alin. 3°) e non possono più riproporsi. I motivi

di ogni *istanza,* con cui, cioè, l'interessato chiede la iscrizione del proprio credito in uno dei due primi elenchi e per un importo determinato, — possono proporsi soltanto da colui che l'ha avanzata; è nell'interesse esclusivo suo, quindi a lui spetta curarne il regolare esercizio. Invece, i motivi di ogni opposizione, — con cui si contesta la iscrizione di qualche credito nel primo o nel secondo elenco, — possono presentarsi anche dal debitore o da un creditore diverso da quello che l'ha elevata (art. 13, alin. ult.). Con questa concessione si mira ad impedire ogni possibile collusione in pregiudizio di un interesse comune a tutti i creditori. Cosicchè il progetto, mentre da un lato concede l'agevolezza ad ogni creditore e allo stesso debitore di far proprie le opposizioni che pel loro valore obbiettivo considerano meritevoli di discussione dinanzi al tribunale, se chi le ha promosse, per qualsiasi ragione, le abbandona; d'altro lato pone una restrizione all'esercizio di questa facoltà riguardo al termine. L'opposizione, al pari della istanza, non sorretta tempestivamente da motivi, non può più riproporsi al giudizio del tribunale in sede di omologazione; essa è irricivibile (art. 21, alin. 1° e 2°). Nella udienza stabilita per la omologazione il giudice delegato fa la relazione della causa e il commissario giudiziale dà le informazioni che ritiene opportune e quelle che gli sono richieste dal presidente (art. 21, alin. 1°). È un complemento d'istruttoria, spesso anche più utile della scritta, perchè ne dimostra le deficienze almeno in relazione al convincimento del magistrato che deve giudicare. »

« L'ambito della sentenza di omologazione è rigorosamente tracciato dalla natura sua e da quella del giudizio a cui mette fine. Non si emana nell' interesse individuale

di questo o quel creditore, bensì in quello collettivo; non è riconoscimento d' un diritto, ma elemento essenziale di un diritto che sorge con essa; ha quindi carattere attributivo (Vidari, *Corso di dir. comm.*, 3ª ediz., IX, n. 8756). Le contestazioni sui crediti entrano pertanto nell'orbita del giudizio di omologazione essenzialmente allo scopo di stabilire se vi sono maggioranze di creditori necessarie per l'approvazione del concordato. Supposto che queste maggioranze vi sieno indipendentemente dalla soluzione di qualsiasi controversia, oppure che le maggioranze non esistano e sia necessario l'esame dei crediti contestati, il giudice risolve quelle sole controversie per le quali esistano completi gli elementi istruttori; nella prima ipotesi, per economia di giudizi e per apprezzare la convenienza delle proposte di concordato in relazione all' attivo accertato e alle passività riconosciute liquide; nella seconda, per verificare se le maggioranze prescritte vi sono. Egli non può ammettere mezzi di prova, perchè la sentenza, attesa l'indole sua, deve essere definitiva; o omologa il concordato o lo respinge e dichiara il fallimento. Fra queste due estreme risoluzioni non vi sono punti intermedi, non soste, provocate da sentenze interlocutorie. Però, se a costituire le maggioranze non bastano le controversie risolte e che potevano risolversi definitivamente, non per questo il tribunale è obbligato a dichiarare il fallimento. Esso ha facoltà di apprezzare in via provvisoria e presuntiva la sussistenza e l'ammontare dei crediti contestati, al solo effetto di verificare se concorrano le maggioranze richieste, senza pregiudizio delle pronunzie successive (art. 22). — È così tracciato, con la maggiore semplicità, il compito del tribunale per quanto riflette le contestazioni sui crediti: — esso

risolve quelle contestazioni che sono state tempestivamente elevate e sorrette da motivi, sia o non sia la loro soluzione necessaria per la sussistenza delle maggioranze deliberanti, purchè esistano gli elementi istruttori bastevoli per una definitiva decisione; — se, malgrado la risoluzione di tali controversie, le maggioranze tuttavia non esistano, il tribunale ha facoltà di apprezzare provvisoriamente e presuntivamente la sussistenza e l'ammontare dei crediti contestati all'effetto di attribuir loro il valore pecuniario che ritiene adeguato, lasciando impregiudicato ogni giudizio di merito; — che se nemmeno dopo questa valutazione delibativa le maggioranze sono raggiunte, dichiara il fallimento. »

**89.** Tutte le forme e tutti i termini suindicati non sono prescritti sotto pena di nullità, quantunque la loro omissione possa viziare la deliberazione dei creditori, perchè il tribunale non essendo per la legge vigente vincolato dal voto dei creditori, potrà sovranamente apprezzare l'importanza delle eventuali omissioni, e ritenere che non ostante i vizi di forma sieno stati a sufficienza salvaguardati gli interessi di tutti. La moltiplicazione dei casi di nullità non produrrebbe che perdita di tempo e danno a tutti.

La Cassazione di Firenze ritenne (Decis. 12 maggio 1892, Gregoretti c. Rebora) che chi non fu avvertito della convocazione non può sostenere inoperativa in suo confronto la moratoria, quando non provi che, come creditore fosse conosciuto almeno otto giorni prima della convocazione (Cons. Tartufari, op. cit., n. 61).

**90.** Il giudice delegato deve aver cura speciale perchè tutte le dette disposizioni relative alle affissioni, pubblicazioni ed inserzioni sieno esattamente osservate (arti-

colo 912, ult. alin. Cod. comm.). Il giudice delegato dovrebbe aver la facoltà, appena entrato in funzione, di nominare uno o più periti. A lui, siccome incaricato di dirigere l'istruttoria, dovrebbe spettare il diritto di determinare il lavoro dei periti e di precisare l'oggetto delle loro investigazioni. La perizia dovrebbe riflettere specialmente l'esame dei libri, la regolarità e l'esattezza della contabilità, l'apprezzamento delle attività, delle speranze e dei calcoli sull'avvenire. La relazione dei periti dovrebbe essere presentata al giudice delegato almeno due giorni prima dell'assemblea dei creditori. La nostra legge invece non gli accorda nessun potere speciale all'infuori di quello di presiedere le adunanze dei creditori.

La Commissione compilatrice del Codice vigente non volle ammettere la preventiva verificazione dello stato degli affari del debitore sotto la sorveglianza di un giudice, ritenendo che ciò in molti casi non possa farsi senza gravi spese e senza una perdita di tempo, che può riuscir fatale al buon esito e di aver provveduto allo stesso scopo col richiedere la prova preventiva che l'attivo superi il passivo e col minacciare la revoca della moratoria e delle pene in caso di simulazione dirette a facilitare il conseguimento della moratoria (*Verb.*, n. 922). Sulla condizione che l'attivo superi il passivo ho già espresso l'opinione mia (n. 51).

Pel soverchio timore che le spese e la perdita di tempo riescano dannose al debitore, si è aperto l'adito a pericoli maggiori pei creditori e pel commercio in generale, pericoli e danni derivanti da moratorie concesse con precipitazione e senza cognizione di causa. Quantunque io non condivida i preconcetti del prof. Supino contro la moratoria, trovo ch'egli avea ben ragione di dire che: « non vi-

vono poi certamente nel mondo reale coloro che aspettano lo scongiuro di tali pericoli dalle facoltà attribuite in proposito al tribunale, il quale incalzato dai termini brevissimi assegnati dalla legge per decidere sulla concessione della moratoria, non avrà il modo di verificare con precisione il vero stato delle cose, nè lo avrebbe egualmente ove quei termini fossero più ampli in presenza del numero forte di domande che per l'attuale stato del commercio e l'odierno arenamento della procedura si troverà dinanzi » (*Archivio giurid.*, vol. XVIII, pag. 322).

Il giudice delegato però potrà e dovrà, non v'ha dubbio, assumere tutte le informazioni che crederà utili per informare il tribunale, e per impedire che il debitore possa sorprendere la buona fede dei creditori.

**91.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo, considerando il giudice delegato come l'occhio vigile della legge, affida a lui la direzione, il controllo e l'assidua cura perchè le formalità legali sieno osservate, perchè la rettitudine presieda sovrana in tutte le risoluzioni (*Relaz.*, pagina 61).

Il progetto vuole che a sua cura e colla sua sottoscrizione insieme a quella del cancelliere, per accertare la identità e la intangibilità dei registri commerciali fino a quel momento, egli faccia annotazione del decreto di convocazione sotto l'ultima scrittura dei libri presentati dal debitore, i quali sono quindi restituiti al ricorrente per la regolare prosecuzione del commercio (art. 3); che sorvegli il cancelliere nella pubblicazione del decreto di convocazione per rendere più sicura la notorietà del giudizio (art. 4); che egli abbia facoltà di autorizzare il debitore con speciale decreto e nei soli casi di necessità od utilità evidente, a

contrarre nuovi debiti, a transigere, a compromettere, ad alienare o ipotecare beni immobili ed a costituire pegni durante la procedura di concordato (art. 6, ult. alin.). Di questa facoltà di autorizzare atti di tanta importanza ed influenza sulle sorti del patrimonio ci occuperemo in seguito (n. 162). Vuole il progetto stesso che il giudice delegato presieda le adunanze dei creditori affinchè colla sua presenza, imparzialità ed equità, imponga il rispetto scrupoloso alla legge, l'ordine e la moderazione nelle discussioni e possa tentare la conciliazione degli interessi per affrettare nel comune vantaggio la soluzione della procedura (art. 3, alin. 1°, art. 11, alin. 1° e art. 13, alin. 1°).

Il progetto definitivo, all' intento di tutelare l' interesse pubblico, affida al giudice delegato la delicata missione di sorvegliare la condotta del debitore durante la procedura, di riferire al tribunale, in camera di consiglio, se il debitore abbia contravvenuto alle disposizioni di legge riguardo alla gestione del suo commercio ed ai diritti relativi alla stipulazione di certi atti, se ha occultato o dissimulato l'attivo, se ha dolosamente ommesso uno o più creditori od esposto passività insussistenti o se ha commessa qualsiasi frode (art. 7). Finalmente gli dà incarico di compilare tre distinti elenchi dei creditori in seguito alle indagini ed alle osservazioni del commissario (art. 10).

**92.** Se l' assemblea non potesse terminare i suoi lavori, sarebbe assolutamente necessario rimandare la deliberazione ad altra adunanza; in tal caso si potrebbe anche invocare per analogia il disposto dell'art. 909 Cod. comm., il quale dice che se nel giorno prefisso non può compiersi tutto ciò che è preveduto nell' atto di convocazione si intenda rimessa la continuazione al prossimo giorno non fe-

stivo senz'uopo di alcun avviso speciale ai comparsi od agli assenti e così di seguito sino al termine delle operazioni. Ma se l'assemblea non fosse sufficientemente istruita; se occorresse procedere ad un supplemento di istruttoria per verificare lo stato degli affari del debitore; se alcuni creditori importanti, la cui adesione fosse sicura non avessero potuto intervenire od esprimere in altro modo i loro intendimenti o se qualunque altra seria ragione militasse in favore di un più lungo rinvio, il giudice avrebbe il diritto ed il dovere di accordarlo; sovrano sarà il suo apprezzamento. Il diritto di proroga non è interdetto dalla legge vigente.

**93.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo stabilisce (art. 14) che qualora i creditori intervenuti non siano sufficienti a costituire la maggioranza di somma richiesta per la deliberazione del concordato, o vi sia altro ragionevole motivo, il giudice delegato, sentiti i creditori, possa fissare una nuova adunanza nel più breve termine e non mai oltre venti giorni e se il concordato è assentito dalla maggioranza dei creditori votanti che rappresenti una somma ragguardevole dei crediti, pur non raggiungendo la maggioranza dalla legge richiesta, il giudice delegato possa rimandare la definitiva deliberazione ad altra adunanza non oltre venti giorni (art. 18). Così nell'esposizione dei motivi (pag. 66 e 67) la sotto-Commissione giustificava le ottime disposizioni del progetto: « Le adunanze dei creditori possono essere al massimo tre; ed anche allora che tutte e tre debbano tenersi, la procedura non eccede il termine di tre mesi. Non si sacrifica ad una imprudente rapidità la tutela dei molteplici interessi coinvolti in simili giudizi. La integrità del patrimonio assicurata, la vigilanza assidua del commissario e del giudice

delegato tranquillizzano i creditori. E principalmente la conservazione del patrimonio e la inalterabilità della rispettiva condizione dei creditori che in tali procedure si richiede. Questo ottenuto, è compito del legislatore di mettere in armonia le diverse esigenze, cosicchè la sollecitudine delle pratiche e la loro economia si concilii con la conoscenza del giudizio da parte di tutti gli interessati, con la materiale possibilità di intervenirvi e di esercitarvi efficacemente i propri diritti. »

E più avanti: « Non si tratta adunque di tre adunanze con oggetto proprio e distinto, che debbano obbligatoriamente aver luogo in ogni procedura di concordato. No. Anche nella prima adunanza il concordato può deliberarsi. Nella maggior parte dei casi la seconda adunanza sarà la definitiva, giacchè è interesse del debitore di sollecitare la comparizione e la deliberazione dei creditori aderenti alle sue proposte. Comunque, questo risulta: che il numero delle adunanze è quel minimo che il normale andamento di ogni procedura può chiedere, essendo compito della legge di agevolare e rendere possibile la riuscita del concordato. » Ed in nota osservava che nel concetto e nello spirito della legge, in relazione alle peculiari esigenze della procedura e per motivo di evidente analogia deve applicarsi il disposto dell'articolo 909 del Codice di commercio vigente.

Il progetto preliminare per abilitare il giudice delegato a fissare nuova adunanza, esigeva che i crediti *dichiarati* fossero insufficienti a costituire la *maggioranza;* ma il progetto definitivo volle invece come condizione che i *creditori intervenuti* non rappresentino la maggioranza *di somma*, perchè nel progetto la dichiarazione dei crediti è facoltativa, e perchè la maggioranza di somma richiesta per la

approvazione del concordato si determina, non sui crediti insinuati ammessi in via definitiva o provvisoria (come si verifica pel concordato nel fallimento - art. 833), bensì sulla totalità dei crediti che il giudice delegato, anche d'ufficio, ha iscritto nel primo e nel secondo elenco (art. 15 e 10). Di qui la opportunità di aver riguardo all' intervento effettivo dei creditori all' adunanza e alla entità dei crediti che rappresentano per giustificare il provvedimento di rimettere la deliberazione del concordato ad altra adunanza.

**94**. L'assemblea dei creditori, secondo la legge vigente, è sempre legalmente costituita, qualunque sia il numero dei creditori comparsi. La negligenza degli assenti non deve danneggiare il debitore ed i creditori comparsi. D'altra parte, col sistema della legge vigente, come potrebbe la legge stabilire a priori il numero minimo dei comparsi per rendere legittima l'assemblea? I creditori possono essere molti, ma possono essere anche due o tre soli, alcuni possono rappresentare crediti d'entità rilevante, altri crediti di massimo importo; irragionevole sarebbe quindi anche il minimo proporzionato al numero di tutti i creditori, o all'entità del passivo.

**95**. In quest'assemblea il giudice delegato dovrebbe anzitutto fare la sua relazione a voce od in iscritto sullo stato degli affari del debitore. È deplorabile che la legge vigente non prescriva questa relazione, che può essere utile e di grande importanza e che dovrebbe costituire una formalità indispensabile destinata ad illuminare i creditori dei loro veri interessi prima del voto.

**96**. La legge nostra non stabilisce se il debitore debba intervenire in queste adunanze o per lo meno se debba farsi rappresentare. Sarà però ammissibile il suo intervento,

perchè, come giustamente osserva il Vidari (*Corso di dir. comm.*, n. 4873), « trattandosi di deliberare sopra una sua domanda, è naturale ch'egli possa fornire notizie, schiarimenti, ecc., a sostegno di essa e dirimere i dubbi che fossero sollevati dall'uno o dall'altro creditore od anche dal curatore. »

**97**. Il progetto definitivo sul concordato preventivo (art. 11, alin. 3°) vuole che il debitore o chi ne ha la legale rappresentanza, debba comparire personalmente, e che, soltanto in caso di assoluto impedimento accertato dal giudice delegato, possa farsi rappresentare da un mandatario speciale.

Nell'esposizione dei motivi (pag. 77) la sotto-Commissione facea in proposito le seguenti giustissime considerazioni: « Si vorrebbe introdurre presso noi, meglio della norma di legge, il costume inglese, per cui i creditori contestano pubblicamente al debitore i fatti e gli rivolgono domande sulle operazioni da lui compiute e sulle cause del suo dissesto *(failure)* e quegli risponde alle questioni che la Corte gli propone o permette gli si propongano (*public examination of debtor sect,* 17 della legge del 1883). Da questo dibattimento, libero e pubblico, controllato dal giudice, la condotta del debitore spicca a luce di meriggio, meglio assai che da una inchiesta secreta, ufficiale, burocratica, tarda. Accusa e difesa stanno di fronte, senza bisogno di intermediari; espressione viva di quella diretta tutela dei propri interessi che è conforme al costume di una sana democrazia. Così pel progetto ogni creditore potrà addurre le ragioni per le quali reputa il debitore non meritevole del concordato preventivo o le proposte di lui non accettabili. Il debitore ha facoltà di rispondere e deve fornire tutti gli

schiarimenti che dal giudice gli sono richiesti anche ad istanza dei creditori. Di tutto si fa menzione nel processo verbale » (art. 12).

**98.** I creditori, secondo la legge vigente, possono intervenire nelle adunanze in persona o mediante mandatario (art. 907 Cod. comm.). Dovrebbe bastare anche una semplice lettera, perchè se col mezzo di semplici lettere si possono provare anche le più gravi obbligazioni commerciali (art. 44 Cod. comm.); se col mezzo della semplice sottoscrizione in fine dell'originale o della copia dell'atto di citazione può il negoziante dar mandato al procuratore di trattare le cause della più rilevante importanza (art. 395 Cod. proc. civ.), non saprei vedere il perchè non si dovessero ammettere le lettere come mandati nelle convocazioni dei creditori per la moratoria. A maggior ragione ammetterei l'espressa adesione scritta, anche senza la comparizione personale, mentre non ammetterei la procura in bianco che non offre sufficienti garanzie.

**99.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo (art. 11, alin. 2°), ammette che ogni creditore possa farsi rappresentare da un mandatario speciale con procura che può essere scritta senza formalità sulla lettera o sul telegramma di convocazione. « Così dice la relazione (pag. 77), in difetto di una procura autentica od autenticata si ha la presunzione della diretta provenienza dell'atto da parte del mandante ».

**100.** I soli creditori devono essere ammessi a prender parte alle assemblee; di conseguenza non potrebbe essere ammesso a votare chi avesse soltanto un interesse eventuale nella moratoria. Per esempio i giranti, i quali possono eventualmente essere in via sussidiaria obbligati al paga-

mento della cambiale alla scadenza e aver quindi in avvenire un interesse nella moratoria non potranno votare se non dopo che sieno diventati creditori effettivi, vale a dire ritirando la cambiale dal possessore e pagandola; altrimenti il diritto di intervenire e di votare spetterà al possessore; questi e non altri sarà il creditore della somma dovuta.

**101.** Il possessore della cambiale accettata avrà però diritto di intervenire nella moratoria del girante o del traente se l'accettante sia fallito od abbia sospeso i pagamenti o se un'esecuzione contro di lui sia riuscita inutile qualora provi che la cauzione non fu prestata dall'accettante e che una nuova cauzione non potè ottenersi dalle persone indicate al bisogno, perchè in tali casi il possessore non ha un diritto eventuale ma un diritto attuale di ottenere cauzione (art. 315 Codice comm.).

Nella moratoria il fidejussore ha diritto di voto, perchè il fidejussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore per essere da lui rilevato quando il debitore sia fallito o si trovi in istato di non solvenza (art. 1919, n. 2 Cod. civ.). Il debitore, che chiede la moratoria, se non è già fallito, è in istato di non solvenza.

**102.** I condebitori non potranno intervenire nè votare nemmeno se fossero condebitori in solido, perchè il solo condebitore in solido, che ha pagato l'intero debito, può ripetere dagli altri condebitori la porzione da ciascuno di essi dovuta (art. 1199 Cod. civ.).

Il creditore sotto condizione sospensiva non potrà, a mio avviso, prender parte alla votazione, perchè il suo credito non ha esistenza definitiva. L'ammissione di questi crediti dipende infatti dall'avvenimento incerto e futuro, e sono crediti tenuti in sospeso, eventuali. Sebbene il creditore

sotto condizione possa, prima che siasi verificata la condizione, esercitare tutti gli atti che tendono a conservare i suoi diritti (art. 1171 Cod. civ.) non ritengo ch'egli possa prendere parte a quelle deliberazioni che potrebbero eventualmente sacrificare i diritti delle minoranze.

Altrimenti bisognerebbe concludere pel creditore sotto condizione risolutiva, perchè il credito di costui è certo, sebbene l'avverarsi della condizione possa ripristinare le cose come se l'obbligazione non avesse mai avuto luogo (art. 1158 Cod. civ.).

**103.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo rimette al giudice delegato la decisione senza reclamo se e per qual somma devono concorrere alla votazione del concordato i crediti sotto condizione, senza pregiudizio delle questioni sulla sussistenza dei medesimi (art. 16 ult. al.).

« La pensilità del diritto sarà maggiore o minore secondo la natura della condizione e le probabilità del suo verificarsi in un termine più o meno prossimo. Affidarsi al giudice pel criterio deliberativo e discrezionale della sua valutazione, caso per caso, sembrò prudente consiglio e soluzione pratica di un problema variamente sciolto dalle leggi straniere mai però in modo appagante alla stregua dei rigorosi principii del diritto [1]. E poichè la valutazione ha lo scopo limitato di determinare l'entità pecuniaria del credito in relazione alla maggioranza richiesta per la deliberazione del concordato, così non si ammise il reclamo

[1] La soluzione del progetto è quella accolta dall'art. 305 alin. 3 della legge federale svizzera sull'esecuzione e sul fallimento e dalla sect. 37, §§ 3, 6, 7 della legge inglese del 1883 (Cons. sul tema A. Sacerdoti nell'*Enciclopedia giuridica,* voce: *Fallimento,* n. 72).

contro l'apprezzamento del giudice delegato. Ogni questione sulla sussistenza, esigibilità ed ammontare del credito condizionale rimane impregiudicata; il dividendo che gli sarà assegnato sarà depositato fino a che il diritto o si purifichi o si risolva » (Relaz. della sotto-Commissione, pag. 76).

**104.** Nonostante l'accennata limitazione il potere conferito al giudice delegato mi sembra enorme! tanto più che non si ammette rimedio. Perchè non rimettere al momento dell'omologazione del concordato ed al tribunale il giudizio sul voto prestato dal creditore *sub conditione?* Qual danno può derivare lasciando libertà ad ogni creditore condizionato di votare, quando si riservi impregiudicato il giudizio del tribunale sulla legittimità del voto e della maggioranza? Il responso inappellabile del giudice delegato pregiudicherebbe la questione a danno della maggioranza o della minoranza.

**105.** Hanno diritto di prender parte al voto anche i creditori, i cui crediti sieno contestati, specialmente quando non siano stati convocati; il tribunale nel giudicare della domanda prenderà poi in considerazione i motivi della contestazione; ma il creditore intanto dovrà essere ammesso a votare.

Il giudice dovrà ammettere al voto anche i creditori non annoverati nell'elenco presentato dal debitore; però dovrà agire in ciò con molta circospezione, sieno o non sieno questi crediti ammessi dal debitore; anzi, a maggior ragione se ammessi dal debitore, il giudice, diffidando di questa troppo tardiva ammissione, dovrà richiedere da questi creditori che intervengono all'assemblea e che possono spostare la maggioranza in un senso o nell'altro, serie prove del loro credito.

**106.** Il creditore di effetti garantiti solidariamente o girati dal debitore che chiede la moratoria e da altri coobligati, se ha incassato da questi ultimi una parte del credito, dopo che la domanda di moratoria fu presentata, avrà diritto di intervenire e di votare per tutto il credito integrale, perchè anche nella moratoria, come nel fallimento, bisogna assicurare, nelle transazioni commerciali in materia cambiaria, l'integrità del pagamento per colui che non ha voluto seguire la fede di un sol debitore. Per favorire il credito bisogna, anche in sede di moratoria, rispettare il principio dell'art. 1196 Cod. civ. Tuttavia bisogna distinguere se i pagamenti parziali sieno stati fatti da coobligati falliti o da coobligati non falliti. Nel primo caso bisognerà dedurre il pagamento parziale e nel secondo caso il creditore potrà votare pel credito totale; poichè nel primo caso, se il creditore votasse per tutto il suo credito, egli impedirebbe il regresso del coobligato, regresso che gli è assicurato dal diritto comune (art. 1199 Cod. civ.), mentre, se il pagamento parziale fu effettuato da un coobligato fallito ossia da una massa di creditori, egli potrà votare per tutto intiero il suo credito.

**107.** Il creditore in conto corrente potrà prendere parte al voto non solo per tutta la somma di credito risultante dal conto al momento della domanda di moratoria, ma dovrà anche essere ammesso a modificare le risultanze del conto ed a portare a debito le cambiali e le spese insolute fino al momento del voto e gli effetti cambiari accettati e non scaduti, che fossero stati accreditati al debitore deducendo gli importi addebitati per cambiali che nel frattempo fossero state pagate da coobligati in via di regresso; egli quindi sarà ammesso a votare per la somma così determinata.

**108**. Anche i creditori di indennità per quasi delitti o per inadempimenti contrattuali potranno intervenire nelle assemblee e votare. Va da sè che i creditori potranno contestare l'esistenza o l'ammontare del credito, ma è certo che la qualità del credito non costituirà ostacolo all'ammissibilità del voto, perchè se il fallito non è liberato dalle conseguenze delle sue responsabilità, nè privato dei suoi diritti, e se, per conseguenza, il curatore può esigere l'adempimento dei contratti ed esser condannato ai danni interessi, qualora alla sua volta non adempia ai contratti, a maggior ragione nella moratoria i contratti conservano la loro forza obbligatoria con tutti i relativi effetti.

**109**. I gerenti e rappresentanti delle società che chiedono la moratoria ed i soci della medesima illimitatamente responsabili, se sono creditori verso la società, possono intervenire e deliberare nelle assemblee chiamate a votare sulla domanda di moratoria. Non potranno riscuotere finchè tutti gli altri creditori non siano stati pagati, perchè dovrebbero restituire con una mano ciò che avessero ricevuto con l'altra; saranno solidariamente e personalmente obbligati per le colpe e negligenze che avessero commesse amministrando; ma ciò non toglie che le persone e i patrimonii sieno distinti e non si possano confondere i loro diritti ed obblighi verso la società, con quelli della società verso i terzi. Ogni socio senza limitazione dovrà rispondere personalmente verso i creditori con tutto il suo e ciò in virtù del carattere distintivo della società in nome collettivo, che consiste nell'offrire ai creditori tutte le garanzie delle diverse personalità individuali che la compongono; ma ciò non toglie che essi abbiano diritto di tutelare il loro patrimonio particolare anche contro la società, e di realizzare i crediti loro verso quest'ultima.

**110.** Prendendo parte all'assemblea ed aderendo alla domanda di moratoria il creditore non fa un atto di transazione (art. 1764 Cod. civ.) nè di novazione (art. 1267 Cod. civ.), poichè col suo voto adesivo viene soltanto a consentire ad una dilazione, senza rimessione totale o parziale del suo credito; ciò ch'egli fa è piuttosto un atto conservativo e di amministrazione, col quale non si libera il debitore, ma si sospende soltanto l'esigibilità del credito.

Da ciò derivano importanti conseguenze. Potranno intervenire all'adunanza e votare:

1° la moglie, anche senza autorizzazione maritale (articolo 134 Cod. civ.);

2° il tutore, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia (art. 296 Cod. civ.);

3° il minore emancipato, senza il concorso del curatore e senza autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela (art. 319 Cod. civ.);

4° l'inabilitato, senza l'assistenza del curatore (art. 339 Cod. civ.);

5° il curatore del fallimento, anche senza autorizzazione del giudice delegato.

**111.** I creditori ipotecari, privilegiati o muniti di pegno sono esclusi dalle deliberazioni relative alla concessione della moratoria, poichè la moratoria è senza effetto a loro riguardo (art. 824 alin., Cod. comm.). Sarebbe per loro facile cosa l'aderire ed accettare condizioni onerose, mentre sono al riparo da ogni perdita. Credo però ch'essi possano intervenire alle adunanze e produrre e contestare altri crediti; la vigente legge nulla dice in proposito; ma la comminatoria di perdere l'ipoteca, il privilegio od il pegno sarà forse applicabile anche al voto senza riserva

nelle adunanze per la moratoria? in altri termini: sarà anche in sede di moratoria applicabile il disposto dell'articolo 834 del Cod. di comm.? Dovrebbe esserlo ma non è, perchè le comminatorie, specialmente sì gravi, non si possono estendere per analogia, e perchè se nel concordato il voto dei creditori è deliberativo, per la moratoria invece, come abbiam visto, è quasi sempre puramente consultivo. Dovrebbero essere estese anche alla moratoria le disposizioni dell'art. 834, perchè per la concessione della moratoria, come abbiamo già visto, requisito essenziale dovrebbe essere il voto adesivo della maggioranza, e, dato ai creditori il voto deliberativo, dovrebbe applicarsi anche alla moratoria il disposto dell'art. 834, per la stessa ragione per cui fu ammessa pel concordato di fallimento: *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio.*

La legge belga del 1887 (art. 10) dispone che il voto pel concordato preventivo importa di pien diritto rinuncia ai privilegi, ipoteche e pegni. Lo stesso principio dovrebbe essere adottato anche per le moratorie concesse col sistema della legge nostra, sebbene i creditori non abbiano voto deliberativo; dal momento che si vuole che il tribunale, nel concedere la moratoria *tenga conto speciale del voto espresso dalla maggioranza dei creditori* (art. 822 Cod. comm.) devesi evitare colla comminatoria della perdita del privilegio, che chi nulla ha da perdere per la concessione della moratoria possa pregiudicare i creditori chirografari che soli ne sopportano le conseguenze. — Però le garanzie possono essere insufficienti, la loro situazione privilegiata può essere in tutto od in parte illusoria e perciò possono aver interesse di partecipare al voto; nè sarebbe giusto costringerli a rinunciarvi; e d'altra parte le rinuncie non si possono pre-

sumere. Io perciò vorrei che anche i creditori ipotecari, privilegiati o muniti di pegno fossero ammessi a prender parte alla discussione ed al voto e che la comminatoria della perdita del privilegio fosse comminata soltanto a coloro che avessero, anche col loro silenzio, resa possibile l'ignoranza degli altri creditori e del tribunale sulla natura speciale dei loro crediti.

**112.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo, adottando in massima il principio affermato dall'art. 834 del Codice di commercio vigente, dispone (art. 16) che per formare le maggioranze volute dalla legge non si computano i crediti con ipoteche, pegno o altro privilegio sui beni del debitore, se il creditore non rinunci al suo diritto di priorità. La rinuncia, dice il progetto, può riferirsi anche ad una parte del credito, semprecchè sia determinata la somma fra capitale ed accessori per la quale ha dato luogo e sia questa non inferiore alla terza parte del credito coperto dalla garanzia reale. Il voto dato dallo stesso creditore, o da chi lo rappresenta in virtù di procura autentica od autenticata, senza qualsiasi preventiva dichiarazione implica rinuncia della garanzia qualora il concordato abbia effetto.

A chiarire queste disposizioni la Relazione osserva (pagina 75): « che la esclusione dal voto si applica soltanto al creditore che ha una garanzia reale *sui beni del debitore,* non quindi se la garanzia incombe sui beni di terzi. In questo caso, non si altera l'eguaglianza di trattamento dei creditori sulla sostanza del debitore comune, così come non l'altera la fidejussione, la quale dà al creditore, che se ne premunì, una maggiore sicurezza di integrale pagamento. Che se ad un creditore si contesti la garanzia reale che

ha sui beni del debitore, spetta a lui, nella previdente tutela del proprio diritto decidersi o per la rinuncia di una garanzia che consideri effimera o per la rinuncia al voto che pregiudica la garanzia ritenuta efficace. È una discretiva individuale. Una disposizione di legge che spieghi e risolva la situazione è superflua ». Ed in nota (pag. 76) osservava che la proposta soluzione « non infirma la conciliabilità dell'art. 767 con l'art. 834 del Codice di commercio; mentre evidentemente, questa seconda disposizione suppone che il creditore rinunci, votando, all'ipoteca od al privilegio *non contestati.* Senonchè l' indole sommaria del giudizio di concordato preventivo non consente dispute sulla esistenza od estensione delle garanzie reali, e concentra l'opera del tribunale ad ammettere od escludere nei singoli creditori il diritto a votare il concordato. Sta pertanto nella discretiva del creditore di usare di questo diritto o di perdere conseguentemente la garanzia, oppure di adottare la risoluzione contraria. Se non vota, non rinuncia alla garanzia reale; e perciò il credito, provvisto di quelle garanzie sebbene contestata, non si computa nemmeno nel calcolo della maggioranza di somma ».

La Commissione poi, per indurre che un creditore, votando il concordato, intenda rinunciare alla garanzia *reale* di cui gode, esigeva che egli voti il concordato personalmente, o a mezzo di procuratore munito di mandato autenticato, perchè « le agevolezze della rappresentanza accordate per la votazione del concordato cessano quando il voto implica rinuncia ad un diritto ».

« Non si distingue poi, aggiungeva la Commissione, il voto favorevole dal voto contrario; giacchè il creditore che ha una garanzia reale può cooperare con la valutazione del

proprio credito e col proprio voto a far respingere il concordato. Se malgrado ciò egli mantenesse inalterata la sua garanzia, gli si creerebbe irrazionalmente una posizione privilegiata, incentivo a scorretti procedimenti ».

**113.** Molto spesso alcuni creditori, senza aderire esplicitamente alla domanda e senza opporvisi esplicitamente, dichiarano puramente e semplicemente di rimettersi al voto della maggioranza. Il giudice delegato deve eccitare costoro ad un voto effettivo, poichè praticamente, molte volte questo voto non può avere efficacia alcuna, specialmente se dubbia sia l'una o l'altra maggioranza, e non avrebbe alcuna validità nemmeno se la maggioranza fosse sì evidente e certa da non dar luogo ad alcuna ambiguità (Tartufari, *La Moratoria,* n. 74).

**114.** Un mandatario può presentarsi all'assemblea anche in nome di più creditori ed aver tanti voti quanti sono i creditori che rappresenta. Nulla si oppone a che egli in nome di alcuni possa aderire alla moratoria ed opporsi in nome d'altri. Malgrado l'accidentalità della rappresentanza riunita in una sola persona, ogni credito sussiste individualmente; il mandato conferitogli può essere imperativo; se il credito viene a frazionarsi, per esempio, fra più eredi, è incontestabile che ci saranno tanti crediti quanti sono gli eredi; nulla si oppone a che gli uni accettino e gli altri si oppongano o si astengano; vi ha evidentemente in tal caso una serie di creditori distinti, perfettamente specializzati, ed il tribunale dovrebbe in tal caso, se anche il credito in origine era unico, contare ciascun erede per una unità nel calcolo delle maggioranze.

**115.** Anche la sotto-Commissione nella sua relazione sul progetto del concordato preventivo (pag. 69) diceva:

« il mandatario avrà tanti voti quante sono le persone che rappresenta, giacchè le individualità dei votanti per procura non si confondono nè fra esse nè con quella del procuratore. Questi è un loro porta-voce. E quindi può emettere tanti voti quante le persone che rappresenta oltre il proprio, e diversi accettando per gli uni e per sè, e pegli altri rifiutando, secondo le istruzioni ».

**116.** La cosa sarebbe diversa se più crediti si riconcentrassero in un solo creditore. Allora realmente non vi sarebbe che un solo soggetto di questi diritti, un solo creditore, che non avrebbe che un solo voto. Pei soli creditori privilegiati si dovrebbe derogare a questo principio, permettendo loro di votare la moratoria solo in parte, ossia per la sola parte non protetta dal privilegio, dall'ipoteca o dal pegno.

**117.** La sotto-Commissione per la revisione del Codice di commercio nella esposizione dei motivi sul progetto di concordato preventivo (pag. 69) osservava che nel calcolo della maggioranza numerica ogni creditore conta per un voto sebbene possieda crediti diversi e distinti. Il voto, come la volontà di chi vota, è individuale. Quindi se taluno diviene cessionario di più crediti, anche dopo l'apertura del giudizio, non ha che un voto; e cita una sentenza della Corte di Venezia (13 giugno 1884 in causa Beaufre-Faido) la quale decideva che « se il cessionario è già creditore, tale diritto gli spetta per la sua qualità personale appunto di creditore, e siffatta qualità personale, come la sua volontà, non varia, non si accresce, non si moltiplica per effetto della cessione, aumentandosi con questa in lui bensì i crediti, il patrimonio, ma non il voto, quale attributo legato esclusivamente alla sua persona di creditore, senza

differenza se uno o più siano i titoli pei quali gli compete ».

Aggiunge poi, e molto giustamente la stessa relazione della sotto-Commissione che: « se taluno ha ceduto il proprio credito a più persone, o la cessione ha data certa e avvenne prima dell'apertura del giudizio, e vi saranno tanti creditori quanti i cessionari che hanno dichiarato il rispettivo credito; oppure la data della cessione non è certa o la cessione avvenne dopo che la procedura è iniziata, e vi è un solo voto, giacchè non può consentirsi a qualche creditore di moltiplicare artificialmente la propria persona frazionando il proprio credito. Vi sia o non vi sia frode nella cessione la regola è sempre unica » (Cuzzeri, *Commento Cod. comm.*, vol. VII, n. 867).

**118.** Per le obbligazioni al portatore nel calcolo delle maggioranze devesi tener conto, per quanto riflette la maggioranza di numero, dei soci creditori che le hanno prodotte, senza riguardo al numero delle obbligazioni presentate, le quali influiranno soltanto sulla maggioranza di somma.

E difatti, se si trattasse di una società anonima, il cui passivo fosse composto in gran parte di obbligazioni al portatore, queste potrebbero trovarsi in possesso di una quantità di creditori talmente considerevole, che sarebbe impossibile di riunirli, ed il debitore si troverebbe nell'assoluta impossibilità di conoscerli; se non si adottasse il principio di calcolare la maggioranza di numero dei soli creditori comparsi, il tribunale non saprebbe come computare quella maggioranza, della quale, per legge, deve tener conto speciale.

**119.** I compilatori del progetto sul concordato preventivo, per provvedere al difetto della legislazione vi-

gente, riguardo ai possessori di obbligazioni delle società anonime ed in accomandita per azioni, hanno organizzato una procedura speciale e molto complicata, che si propone tre scopi: 1° di stabilire il modo con cui le obbligazioni concorrono alla votazione del concordato; 2° di concedere ai possessori delle obbligazioni una rappresentanza collettiva; 3° di valutare le obbligazioni rimborsabili per sorteggio ad un prezzo superiore a quello di emissione.

Il primo scopo si intende di raggiungere disponendo (articolo 29) che i possessori di tali obbligazioni sieno convocati separatamente dagli altri creditori, perchè le obbligazioni sono frazioni uniformi di un prestito collettivo fatto alla società ed è quindi alla collettività del debito che si ha riguardo, non al numero dei possessori, fra i quali casualmente o artificialmente le obbligazioni si dividono; ma, nel tempo stesso, il progetto preliminare, ammettendo che tutti i creditori indifferentemente corsero la fiducia personale della società debitrice, voleva però che i patti del concordato sieno identici, tranne per ciò che riguarda il termine del pagamento, che poteva essere più lungo per i possessori di obbligazioni, avuto riguardo all' indole speciale del loro credito ed all'epoca eventualmente lontana fissata pel completo rimborso delle obbligazioni.

Ma poi, tenuto calcolo che la scadenza delle obbligazioni può essere remota e variamente regolata; che la decorrenza degli interessi, se mantenuta, basterebbe a modificare per esse i patti del concordato; che, ad ogni modo, deve lasciarsi in proposito la maggior libertà agli accordi, tanto più che i possessori di obbligazioni potrebbero, in vista della natura peculiare dei loro titoli, accettare perfino patti meno vantaggiosi di quelli degli altri creditori — si è con-

sentito, nel progetto definitivo, che possano farsi condizioni speciali, diverse dagli altri creditori, ai possessori di obbligazioni, avuto riguardo alla natura delle medesime e ai patti della loro emissione (art. 29).

Per accertare la qualità di creditori e per evitare le postume trasmissioni che potrebbero spostare le maggioranze ed inceppare la procedura, il progetto preliminare voleva (art. 30) che le obbligazioni al portatore rimangano depositate nella cancelleria sino a che la procedura sia definita.

Ma la Commissione generale, per le agevolezze del deposito e del ritiro che offrono gli istituti di credito in confronto delle cancellerie giudiziarie; per la possibilità che le obbligazioni siano già vincolate in conseguenza di operazioni bancarie; per la giurisprudenza punto tranquillante sulla responsabilità dello Stato nel caso di distrazione di depositi effettuati nelle cancellerie, preferì altro sistema; e ritenne inoltre opportuno di provvedere alle cautele necessarie pel caso che le obbligazioni sieno collocate all'estero, esonerando i possessori dall'obbligo di trasmettere i titoli nel regno, avuto riguardo agli inconvenienti e ai pericoli anche maggiori di quelli che pei possessori di obbligazioni nel regno si vollero evitare. Perciò il progetto definitivo stabilisce: che i possessori delle obbligazioni al portatore depositino i loro titoli presso un istituto di emissione, e all'estero presso un istituto autorizzato a ricevere i depositi giudiziali, vincolando il deposito fino all'esito del giudizio; che il certificato dell'istituto, con la dichiarazione dell'esistenza del vincolo, sia depositato nella cancelleria del tribunale che ne rilascia ricevuta, senza spesa; e che se il deposito è effettuato all'estero, il certificato di deposito

dovrà contenere la dichiarazione dell'autorità consolare che l'istituto è autorizzato per la legge del paese a ricevere i depositi giudiziali.

Per l' approvazione della proposta di concordato il progetto esige l'adesione dell'ammontare complessivo delle obbligazioni emesse e non estinte (art. 31). Però se gli altri creditori chirografari, nella loro separata adunanza, hanno approvato il concordato, può il tribunale, avuto riguardo alle condizioni della società debitrice ed ai patti proposti, omologarlo, anche se non accorre l'accennata maggioranza, purchè vi aderiscano possessori di obbligazioni che rappresentino almeno un terzo dell'ammontare complessivo di esse e non sia maggiore del terzo la somma rappresentata dagli obbligatari dissidenti (art. 33, alin. 1°).

« In altre parole, dice la relazione, l'assenza degli obbligatari, rappresentanti almeno un terzo dell'importo complessivo delle obbligazioni, si presume, nel caso speciale in esame, quale adesione. E la presunzione non apparirà troppo lontana dal vero, appena si ricordi che le obbligazioni, specialmente delle grandi imprese nazionali, sono titoli diffusi, non nel paese soltanto, ma nel mondo intiero; frazionate fra persone che o ignorano il giudizio, attesa la impossibilità di parteciparlo individualmente ai singoli possessori di obbligazioni, oppure non trovano conveniente ed economico intervenirvi, tanto più se le obbligazioni hanno un valore di borsa e per questo valore possono ad ogni momento realizzarsi. Accolta questa soluzione parve coerente autorizzare il tribunale ad omologare il concordato che sia stato approvato da obbligatari rappresentanti due terzi del capitale complessivo delle obbligazioni e sia stato accettato dagli altri creditori rappresentanti soltanto un terzo del

passivo chirografario, purchè non sia maggiore del terzo la somma rappresentata dai dissidenti (art. 33, alin. 2°). In questo caso, cioè, può il tribunale decampare dal criterio normale con cui valuta la utilità del concordato, desunto dalle maggioranze di persone e di crediti; e lo farà razionalmente, se il capitale degli obbligatari è più rilevante o almeno di pari entità del capitale rappresentato dai creditori chirografari. Vi sarà così un giusto equilibrio di forze e di influenze fra creditori, divisi in due classi soltanto per agevolare il computo dei loro voti, ma in sostanza tutti creditori della medesima categoria, cioè chirografari. »

**120.** Il fatto che le obbligazioni sono frazioni uniformi di un prestito collettivo fatto alla società non mi sembra motivo sufficiente per giustificare la separata convocazione degli obbligatari. Da questo fatto non sorge una comunione vera e propria; nessuno degli obbligatari, all'atto della sottoscrizione, intende assoggettarsi ad un'amministrazione comune in cui le deliberazioni della maggioranza siano obbligatorie per la minoranza dissenziente. Ognuno riceve il suo titolo separato e distinto, nel quale sono riprodotti o richiamati i patti del prestito. L'identità dei patti non basta a costituire la comunione. E la società, rilasciando tante obbligazioni distinte, ammette la divisibilità del prestito in origine collettivo e l'obbligo suo di dover rispondere delle rispettive frazioni verso ogni singolo possessore delle obbligazioni. La comunione ha per correttivo che se ne può chiedere in ogni tempo lo scioglimento; ma in nessuna comunione, data la divisibilità dell'oggetto della medesima, il comunista è costretto o a rimanere in comunione o a spogliarsi della quota che gli appartiene (art. 681 e 683 Cod. civ.). Il progetto preliminare intendeva di raggiungere

il secondo scopo, ossia quello della collettività col dar facoltà ai soli dissidenti di nominare, seduta stante, chi li rappresenti in sede di omologazione di concordato ed eleggere un domicilio collettivo per la partecipazione degli avvisi e per ogni altra notificazione (art. 32).

Il progetto definitivo vuole poi che la stessa facoltà sia estesa anche ai possessori di obbligazioni che aderiscono al concordato, abilitandoli, al pari dei dissidenti, a costituirsi in gruppo separato per la tutela dei diritti comuni, contrapponendo le proprie alle pretese dei dissidenti e nominando chi li rappresenti non soltanto finchè il concordato è omologato, ma sì ancora per vigilarne l'esecuzione integrale e, se il concordato non approda, per difendere il loro interesse comune. Si ritenne con ciò di dare maggiore espansione e di rendere più efficace la tutela dei possessori di obbligazioni, perchè non è presa semplicemente in considerazione la unicità del titolo creditorio, ma sì ancora il modo diverso con cui i possessori di obbligazioni, pur essendo tutti creditori pel medesimo titolo, intendono di salvaguardare i rispettivi diritti. — I compilatori del progetto ammettono che la legge non riconosca il complesso degli obbligatari come un ente collettivo, ma ritengono che collettivo, perchè unico, sia il prestito che essi hanno fatto alla società e quindi unico il titolo del credito comune e che quindi, anche senza escludere del tutto il diritto individuale dei possessori, da questa comunanza deducono la opportunità che « un organo permanente eletto dai portatori delle obbligazioni debba essere incaricato di conservare ed amministrare le garanzie date dalla società e di prendere senza ritardo quelle che fossero richieste dalla comune difesa » (così il Vivante, *Trattato di diritto comm.*,

vol. I, n. 451. - Cons. Besso, *Economista*, 1882, pag. 397), ed induca ad una parziale concessione alle esigenze pratiche ed alle richieste della dottrina ed a concedere agli obbligatari dissidenti il vantaggio di una comune tutela legale dei loro diritti.

Ma anche dato che una vera e propria comunione ci sia, o che l'interesse comune degli obbligatari basti a giustificare la comune tutela legale dei loro diritti, si provvede forse a questa tutela col dare ai dissidenti ed agli aderenti *facoltà* di nominare un loro rappresentante ed un domicilio collettivo? Si intende forse di stabilire tacitamente che per questa nomina e per questa elezione di domicilio la maggioranza degli aderenti o dei dissidenti s'imponga alla rispettiva minoranza? E se non fu questo l'intendimento dei compilatori del progetto, a qual prò dichiarare che i possessori di obbligazioni al portatore hanno questa facoltà, che anche nel silenzio della legge, competerebbe indiscutibilmente così ai dissidenti, come agli assenzienti?

**121**. Sul terzo scopo, di valutare cioè le obbligazioni rimborsabili per sorteggio la sotto-Commissione compilatrice del progetto preliminare, richiamando il disposto dell'art. 851 Codice di commercio, ed i motivi adotti a giustificazione del medesimo dalla Commissione compilatrice del Codice (*Verb.*, n. 938) non ritenne che quell'articolo offra un'equa soluzione del problema che si proponeva e cioè di determinare il valore che, in caso di liquidazione forzata o volontaria della società emittente, è da attribuirsi alle obbligazioni emesse per un prezzo inferiore al nominale e rimborsabili per estrazione a sorte per questo valore entro il termine indicato nel piano di emissione. Il progetto, seguendo l'esempio della legge belga, non accetta nè il

prezzo di emissione che rappresenta la somma realmente prestata ma non la dovuta nè quella di rimborso, che è bensì la somma dovuta, ma dopo un termine e non immediatamente. Il progetto preliminare attribuiva alle obbligazioni rimborsabili per estrazione a sorte con somma superiore al prezzo di emissione il valore matematico equivalente al capitale che si ottiene riducendo al valore attuale, sulla base dell'interesse composto del cinque per cento, l'ammontare complessivo delle annualità non ancora scadute.

Il progetto definitivo, invece, attribuisce a queste obbligazioni il valore equivalente al capitale che collo stesso calcolo e sulla stessa base si ottiene riducendo al valore attuale l'ammontare complessivo delle *obbligazioni non ancora estratte.*

Il valore di ciascuna obbligazione, secondo il progetto definitivo è dato dal quoziente, che si ottiene dividendo questo capitale per il numero delle obbligazioni non estinte (art. 34). E si cita il Namur (*Le Code de commerce belga revisé*, 1876, vol. II, n. 1108), il quale, relativamente alla corrispondente formola dell'articolo 69 della legge belga 18 maggio 1873, osserva che così si determina con rigore matematico il valore attuale di tutte le obbligazioni. « Infatti, egli dice, il debito della società si compone di tutti i *coupons* degli interessi che dovranno scadere fino all'epoca del rimborso e del capitale da rimborsare di tutte le obbligazioni non ancora estinte. Questo è incontroverso, perchè la società avrebbe dovuto pagare alle diverse scadenze tutti questi interessi e capitali se si fosse mantenuta nell'esercizio regolare delle sue operazioni ».

Nella relazione della sotto-Commissione però è detto esplicitamente (p. 93) che: « Lo scopo però è quello di attirare un provvedimento a favore dei portatori di obbligazioni. Dimodocchè, se il valore matematico delle obbligazioni come può avverarsi, risulti inferiore al prezzo di emissione accresciuto degli interessi decorsi e non pagati, dovrà attribuirsi a ciascuna obbligazione questo secondo valore » e (p. 94): « che i possessori di obbligazioni sorteggiate ma non pagate all'apertura del giudizio di concordato avranno diritto di insinuare la somma pattuita pel rimborso e gli interessi non soddisfatti, dacchè, in seguito al sorteggio e alla domanda di concordato, il loro credito per quella somma è liquido e scaduto ».

La Commissione generale ritenne poi opportuno di affermare nel progetto definitivo il criterio equitativo che non si potrà in alcun caso attribuire alle obbligazioni un valore inferiore al prezzo di emissione (art. 34).

**122.** Il progetto definitivo del concordato preventivo vuole che, per formare le maggioranze, non si computino nemmeno i crediti del conjuge del debitore, dei suoi parenti ed affini sino al quarto grado inclusivo; che costoro non possano votare il concordato nemmeno quali rappresentanti di altri creditori; e che parimenti sieno esclusi dal voto i cessionari di detti crediti (art. 16 lett. *a*).

« Il movente, dice la relazione (pag. 74), anche nobilissimo che può indurli a votare non corrisponde a quello degli altri creditori, o per lo meno è sospetto. La sussistenza e l'entità dei loro crediti non lasciano perfettamente tranquilli; ad ogni modo si richiederebbero indagini lunghe per accertarli; non rare volte è il beneficio realmente ricevuto che assume le parvenze del corrispettivo per ribene-

ficare, se è lecita l'espressione, salvando qualche parte dell'attivo al debitore con pregiudizio dei creditori. — Si vollero perciò esclusi dal voto anche i cessionari dei detti crediti, senza riguardo all'epoca della cessione ed alla persona per quanto insospetta del cessionario. Misura grave certamente codesta, ove si pensi che un credito sotto forma cambiaria può essere trasferito ad un instituto di credito e questi soggiacerebbe, con la misura accolta, ad una eccezione personale al cedente, in contraddizione ai principii del diritto cambiario (art. 324 Cod. comm.). Parve tuttavia prudente e pratico consiglio escluderli, piuttosto che affrontare giudizi eventuali per stabilire la sincerità della cessione di un credito la cui genesi è per sè sospetta ».

**123.** Per constatare i risultati dell'assemblea dei creditori è ragionevole che, seduta stante, sia eretto processo verbale per cura del cancelliere.

Il processo verbale dell'adunanza deve indicare il nome e cognome dei creditori comparsi (art. 821 Cod. comm.). L'elenco nominativo dei creditori presentato dal debitore spesso non è che provvisorio ed approssimativo; dei creditori non invitati o non denunciati possono comparire e reclamare il diritto di voto; altri, sebbene indicati nell'elenco ed invitati, possono astenersi dall'intervenire; è dunque necessario che il processo verbale indichi i nomi e cognomi di quelli che compariscono.

È altresì necessario che il processo verbale riporti le dichiarazioni di ciascun creditore e del curatore (se il fallimento fu dichiarato), intorno alla verità ed entità dei singoli crediti (art. 821 Cod. comm.) per poter calcolare la maggioranza e per farsi un concetto sulla lealtà e sincerità del debitore. — Qui il legislatore, come ho notato, pretende

troppo poco, perchè le eventuali dichiarazioni dei creditori sulla verità ed entità dei crediti, non possono a scopi sì importanti surrogare la verificazione dei crediti e perchè non si avrà un vero contraddittorio nè un giudizio serio. Ho già notato che, ammettendosi la moratoria provvisoria, si verrebbe a concedere il tempo sufficiente per procedere alla verificazione dei crediti, per la quale, d'altra parte, non occorrerebbe un tempo tanto lungo, qualora si limitasse l'oggetto della verificazione all'apparenza attuale maggiore o minore della realtà del credito. Sulla fede del titolo presentato il tribunale potrebbe ammettere il credito o respingerlo se non apparisse a prima vista giustificato, senza pregiudizio del merito della contestazione, che potrebbe essere riservato a più matura discussione. Se la rapidità della procedura non consente un serio giudizio sulla definitiva legittimità del credito contestato, un giudizio di delibazione per la sola ammissione al voto, dei crediti in tutto od in parte sufficientemente giustificati, sarà sempre qualche cosa di più serio delle semplici eventuali dichiarazioni sulla verità ed entità dei singoli crediti, fatte dai creditori, che ignorano quasi sempre lo stato degli affari del loro debitore ed i rapporti di questi cogli altri suoi contraenti e parenti.

E difatti che avviene in pratica? Che queste dichiarazioni o non vengono fatte, o non offrono alcun dato per controllare le assicurazioni del debitore quanto alle passività; ed anche dopo l'assemblea dei creditori rimane spesso ignorata anche la natura dei crediti, che spesso figurano chirografari e sono in realtà per la maggior parte ipotecari o viceversa.

Il processo verbale deve indicare anche le eventuali dichiarazioni fatte dal curatore e dai creditori intorno alla

domanda di moratoria ed alla durata di questa (art. 821 Cod. comm.). Il riassunto delle osservazioni e delle contestazioni dei creditori offrirà materia al tribunale di giudicare se sussistano o no motivi contrari all'interesse pubblico od a quello dei creditori, per rigettare la domanda e per giudicare e sull'opportunità di accoglierla e sul termine da concedersi. Il processo verbale deve altresì indicare le proposte dai creditori dei provvedimenti conservativi che occorrono, dei modi di liquidazione amichevole, e delle persone alle quali possa affidarsi l'amministrazione o la sorveglianza del patrimonio del debitore durante la moratoria (art. 821 Cod. comm.). Anche su queste proposte dei creditori delibererà a suo tempo il tribunale, con piena ed assoluta libertà di apprezzamento, come vedremo in seguito quando ci occuperemo di ciò che la sentenza dee contenere. Qui la legge parla delle persone alle quali possa affidarsi l'*amministrazione,* mentre poi all'art. 822 n. 4, limita l'ufficio del tribunale alla nomina di una commissione di creditori incaricata di *sopraintendere all'amministrazione e liquidazione* del patrimonio. Qui non si tratta di sostituire al debitore un amministratore giudiziale, perchè altrimenti non si raggiungerebbe il principale scopo della moratoria, che è quello di mantenere il debitore stesso alla testa dei proprii affari. Sarà ragionevole il sottoporre il debitore ad una speciale sorveglianza, per mezzo di una commissione di creditori, la quale appunto perchè chiamata a sorvegliare la gestione altrui, non può nè deve amministrare; ma di ciò, ripeto, parleremo a suo tempo.

Naturalmente tutti i documenti prodotti dal debitore o dai creditori durante l'adunanza dovranno essere annessi al processo verbale.

La legge nostra tace quanto alle persone che devono sottoscrivere il processo verbale. Da questo silenzio si dee dedurre che basti la sottoscrizione del cancelliere. — Se anche si ritenne superflua la sottoscrizione dei creditori intervenuti, sarebbe stato opportuno che la legge esigesse per lo meno la sottoscrizione del giudice delegato, oltre quella del cancelliere, poichè, trattandosi di atto pubblico che fa fede fino ad inscrizione in falso, avrebbesi dovuto almeno provvedere ad una formalità la quale garantisca che il giudice abbia controllato l'opera del cancelliere.

**124.** Nel fallimento il concordato deve essere sottoscritto nella stessa adunanza in cui è consentito. Se è solamente consentito dalla maggioranza in numero dei creditori presenti o dalla maggioranza di tre quarti della somma totale dei crediti, ed ancorchè non vi sia nè l'una nè l'altra maggioranza, ma il concordato sia assentito da un numero notabile di creditori, il giudice delegato, quando gli assenzienti non dichiarino di revocare il dato consenso, può rimandare la deliberazione ad altra adunanza, ovvero stabilire un termine per raccogliere nuove adesioni (art. 835 Cod. comm.).

Abbiamo visto che il tribunale deve, nel concedere la moratoria, tener conto speciale del voto espresso dalla maggioranza dei creditori (art. 822 Cod. comm.); ma, quanto alla seconda moratoria, una delle condizioni essenziali è che vi sia il voto favorevole della maggioranza dei creditori rappresentanti almeno la metà del passivo residuo (art. 828 Cod. comm.).

Ma può darsi benissimo il caso che pochi sieno i creditori comparsi nella prima adunanza per esprimere il loro voto sulla domanda di moratoria, o che, tutti i comparsi pur

aderendo, non rappresentino che una piccola parte del passivo, o che i creditori comparsi ed aderenti alla domanda di una seconda moratoria, non raggiungano la maggioranza dei creditori, oppure non rappresentino la metà del passivo residuo.

Avrà il giudice delegato facoltà di rimandare la deliberazione ad altra adunanza o di stabilire un termine per raccogliere altre adesioni? La risposta negativa condurrebbe alla grave conseguenza di respingere la domanda di una seconda moratoria e di dichiarare il fallimento, anche nel caso che un solo voto e per somma meschinissima bastasse a raggiungere quella duplice maggioranza che è richiesta dall'art. 828 Codice di commercio. E se questa facoltà spetta al giudice delegato nel caso di domanda di una seconda moratoria bisogna ammetterla anche nella prima moratoria, poichè quand'anche la legge non esiga, in quest'ultimo caso, una maggioranza determinata di numero o di somma, tutte e due le moratorie sono regolate dalle stesse disposizioni, e d'altronde, anche nella prima moratoria la scarsità degli aderenti potrebbe influire sul voto del tribunale, perchè questi deve tener conto speciale del voto espresso dalla maggioranza.

D'altra parte l'analogia col disposto dall'art. 835 è evidente; sarebbe eccessivo rigore vietare ogni assentimento prestato fuori dell'adunanza; e, come pel concordato, così per la moratoria, sia prima che seconda, non v'ha pericolo di abusi o di ritardi, perchè il giudice delegato non userà di questa facoltà che colla dovuta prudenza e a seconda dei casi.

**125.** Anche il progetto definitivo sul concordato preventivo ammette che se il concordato è assentito dalla mag-

gioranza dei creditori votanti che rappresenti una somma ragguardevole dei crediti, pur non raggiungendo la maggioranza voluta dalla legge, il giudice rimanda la definitiva deliberazione ad altra adunanza, non oltre venti giorni (art. 18). Fra l' adunanza in cui si raccolgono le adesioni e la nuova in cui si completano, i creditori possono aderire al concordato per lettera o per telegramma; in questo secondo caso deve essere accertato il nome del mittente nei modi stabiliti dai regolamenti telegrafici in relazione all'art. 45 del Codice di commercio. « Questa formalità, dice la relazione (pag. 67), semplice, non costosa, lascia tranquilli, fino a prova contraria, sulla identità dell'aderente e corrisponde all'indole del concordato che, per l'importanza sua, deve risultare, da atto scritto. Le adesioni così ottenute si comunicano nell'ultima adunanza e si inscrivono nel relativo processo verbale insieme a quello dei presenti che non hanno già dato il loro voto favorevole nella adunanza precedente e che dovranno perciò sottoscrivere il verbale (art. 18 alin. 2°) ».

**126.** In proposito osservo: 1° che il termine di venti giorni mi pare troppo lungo; sì grave perdita di tempo può riuscire dannosissima e si può evitare col prescrivere un termine molto più breve, durante il quale riesce possibile raccogliere le nuove adesioni col mezzo telegrafico; 2° che più prudente sarebbe lasciare al giudice delegato la facoltà di rimandare la deliberazione ad altra adunanza o di stabilire un termine per raccogliere altre adesioni, tanto più che spetterà sempre al giudice delegato il giudicare se si sia o no verificata la condizione voluta dalla legge pel rinvio e cioè se il concordato sia o no assentito dalla maggioranza per *una somma ragguardevole.*

**127.** La Commissione compilatrice del Codice vigente diceva che « all' adunanza dei creditori — sulla domanda di moratoria deve seguire la deliberazione del tribunale sull' ammissione di essa, ed è di tutta importanza che la relativa udienza abbia luogo senza ritardo e che le ragioni del fallito in appoggio della domanda e quelle nuove che egli credesse di opporre alle osservazioni e proposte indicate nel processo verbale dell'adunanza dei creditori, siano discusse in contraddittorio del curatore provvisorio e dei creditori che intervengono (*Verb.*, n. 922) ». Questo contraddittorio deve aver luogo avanti il tribunale nella prima pubblica udienza successiva; ma sarebbe stato opportuno il prescrivere che nel frattempo dovessero almeno rimaner depositati in cancelleria, a disposizione del pubblico, il processo verbale dell'adunanza dei creditori e tutti i documenti; perchè il debitore e tutti i creditori, e specialmente quelli non comparsi fino a quel momento, possono aver interesse di consultare quei documenti, per verificare se non altro se i votanti eran creditori o legittimi rappresentanti dei creditori, e se ragionevoli o no siano state le osservazioni fatte in favore o contro la domanda di moratoria, affinchè ognuno possa giudicare, se sia o no opportuno il proprio intervento nella discussione in pubblica udienza.

Nella prima udienza pubblica successiva al giorno dell'adunanza il tribunale, in contraddittorio del debitore del curatore, se c'è, e dei creditori che intervengono, pronuncia sulla domanda di moratoria (art. 822 Cod. comm.).

La legge dice che tutte le deliberazioni del tribunale in materia di fallimento sono precedute dalla relazione del giudice delegato in pubblica udienza (art. 911 Cod. comm.). Ma anche in materia di moratoria dovrebbe essere ritenuta

necessaria o per lo meno utile questa relazione del giudice per mettere immediatamente il tribunale ed i creditori, e specialmente quelli non intervenuti all'assemblea, al corrente dei risultati dell'adunanza. Questa relazione dovrebbe aver per oggetto la procedura di moratoria, le formalità adempiute, le contestazioni sollevate, le adesioni prestate e gli avvenimenti addotti dal debitore a scusa dell'inadempimento agli obblighi suoi. Questa formalità offrirebbe anche in moratoria un' importante e sostanziale garanzia ai creditori. Dovrebbesi presumere che il giudice delegato dovesse, come osserva il Bedaridde (*Faillites,* tomo I, n. 153) sotto pena di nullità partecipare al giudizio, perchè egli è al corrente di tutte le questioni che riguardano l' affare, perchè egli è incaricato di dirigere il procedimento, di presiedere l'assemblea dei creditori, perchè egli ha inteso tutto ciò che si è detto, perchè il suo concorso è indispensabile alla regolarità della decisione; e, si può dire che, senza il suo voto, la deliberazione non sarebbe completa. Se si ammettesse che il giudice delegato possa all'udienza ritirarsi dopo aver fatta la sua relazione, bisognerebbe concludere che il tribunale, in onta al disposto dell' art. 46 della legge 6 dicembre 1865 sull' ordinamento giudiziario, possa esser composto di più di tre giudici, oppure che, fatta la relazione, altro giudice possa rimpiazzare il relatore e partecipare al giudizio senza essere stato presente a tutta l'istruzione della causa.

Dopo la relazione del giudice delegato in pubblica udienza e dopo la discussione delle parti, il tribunale deve prima di ogni altra cosa verificare quale sia stato il voto dei creditori; egli ha il diritto e il dovere di procedere a tale verificazione, perchè il giudice delegato si deve limi-

tare alle sole constatazioni materiali di fatto, mentre è il tribunale che deve nel suo giudizio *tener conto speciale del voto espresso dalla maggioranza dei creditori* (art. 822 Cod. comm.).

**128.** La legge, dicendo che il tribunale pronuncierà sulla domanda in contraddittorio del fallito, del curatore e dei *creditori che intervengono,* ammette, e giustamente, che tutti i creditori potranno esser sentiti. Il diritto di intervento è un diritto generale che ogni creditore ha in virtù dell'art. 201 Cod. proc. civ., perchè chiunque abbia interesse in una causa vertente fra altre persone può intervenirvi; e non v'ha dubbio che ogni creditore sia interessato nella causa avente per oggetto la domanda di moratoria presentata dal proprio debitore. Sarebbe stato necessario un testo formale di legge per privarlo di questo diritto e per derogare al diritto comune. È un diritto, il cui esercizio importa, non solo alla difesa del suo interesse particolare, ma anche all'interesse della massa dei creditori in generale. È difatti conforme all'interesse della massa che anche i creditori non intervenuti nell'adunanza possano intervenire ed essere sentiti alla pubblica udienza, per illuminare il tribunale sulla vera situazione del debitore. Tutti i creditori indistintamente, abbiano o non abbiano aderito alla moratoria, potranno intervenire in causa ed anche concludere a che sia rigettata la domanda di moratoria. È bensì vero che il creditore che ha già votato nell'adunanza, ha fatto già uso del suo diritto votando e che non si può ammetterlo a votare una seconda volta, ma il creditore, che nell'adunanza precedente l'udienza avesse aderito alla domanda di moratoria, potrebbe aver nel frattempo scoperto fatti dolosi o colposi a carico del debitore, inconciliabili colla concessione del beneficio.

La Corte d'appello di Milano (sentenza 21 luglio 1891 in causa ferrovia Novara-Seregno contro Maglione) giustamente osservava che dal disposto degli articoli 820 e 822 consegue che il diritto e l'interesse dei creditori ad intervenire nel giudizio non può essere messo in dubbio, e chè anzi, se la decisione dev' essere emanata dopo giudizio in contradditorio dei creditori, questi debbono, a giusta ragione, essere considerati come vere parti nel giudizio medesimo.

**129**. La giurisprudenza è concorde e costante nel ritenere che il tribunale non possa giudicare della moratoria in camera di consiglio.

La Corte d'appello di Genova (Decis. 28 ottobre 1884 in causa Cervetto contro creditori) osservava: « che il procedimento in tema di moratoria, per quanto sia speciale, non può certo annoverarsi fra quelli prescritti per gli affari di onoraria e volontaria giurisdizione, nei quali si procede senza il contradditorio di alcuno, *inter volentes* a termini degli art. 778 e segg. della procedura civile, perciocchè su tutte le domande di moratoria, dopo la convocazione dei creditori, si pronuncia nella prima udienza successiva in contradditorio del fallito, del curatore e dei creditori, che intervengono giusta l'art. 822 Cod. di commercio, il che importa, come ognun vede, un vero giudizio in materia contenziosa; che non si procede diversamente in caso che la moratoria sia domandata dal debitore prima della dichiarazione di fallimento, dal momento che anche questa moratoria è regolata, per prescrizione dell'art. 827 del detto Codice, dalle disposizioni degli articoli 822 e seguenti in quanto sono applicabili; nè possono dirsi inapplicabili in questo caso l'oralità e la pubblicità del giudizio e il con-

tradditorio dai creditori; che una prova chiarissima come il procedimento in esame, oltre all' essere contenzioso, sia tale che le sentenze da emettersi debbano essere rese a seguito di pubblica ed orale discussione si ha nell'art. 911 Codice di comm., il quale enumera le sentenze ed i provvedimenti in materia di fallimento, i quali, *per eccezione,* sono resi in Camera di consiglio senza l'esperimento della pubblica discussione, e fra essi non sono annoverate le sentenze pronunziate in tema di moratoria; che se fosse possibile il menomo dubbio sulla interpretazione di questo articolo esso sarebbe onninamente dileguato dalla dichiarazione fatta dalla Commissione legislativa per la compilazione del nostro Codice commerciale, a relazione del Mancini, a proposito della redazione dell'art. 911 già citato, relazione che suona così: L'oralità e la pubblicità dei giudizi è una delle principali guarentigie riconosciute dal nostro diritto pubblico interno e quindi anche nella materia dei fallimenti dev' essere osservata nella maggior estensione possibile. Quindi per motivi che si specificarono furono dispensati da questa essenziale ed interessante formalità le sentenze ed i provvedimenti indicati nel citato articolo, il quale venne redatto come ora si legge (*Verb.*, n. 491).

E la Corte d'appello di Venezia (sent. 1° luglio 1886 in causa Filatura di Pordenone contro Rocca) diceva: « Non è vero che la moratoria dell'art. 827 si conceda o non si conceda immediatamente dopo la domanda; che la si conceda, se questa sia giustificata; e che nella sentenza, che accoglie la domanda se il tribunale vuole, possa provvedere, senz'altro, a tutto ciò che è prescritto dall'art. 822 ». Aggiungeva la stessa sentenza: « La moratoria, sia anteriore, sia posteriore al fallimento è sempre e solo quella che viene

accordata colla sentenza finale di cui l'art. 822 ». L'art. 827 che contempla la moratoria anteriore, prevede, oltre la detta sentenza definitiva, quella incidentale, — pel caso che la domanda, sentito l'istante, appaja sufficientemente giustificata, — di ordinare la convocazione dei creditori, di prescrivere i provvedimenti temporanei, e di delegare un giudice per dirigerne la esecuzione. Ma non fa il minimo cenno di accordare immediatamente la moratoria. Anzi, ingiungendo nel suo ultimo capoverso, che se il tribunale riconosca non giustificata la domanda, si faccia luogo senz'altro alla dichiarazione di fallimento, esclude perentoriamente la facoltà di acconsentire immediatamente, ossia di moto proprio, sul semplice ricorso del debitore, la moratoria; *quod voluit expressit quod noluit tacuit.* Ed il legislatore ebbe buone ragioni di serbare questo silenzio. La moratoria è un riparo a beneficio del debitore per un arenamento di affari istantaneo in conseguenza di avvenimenti scusabili, posta la eccedenza dell'attivo sul passivo. Ma tale instituto, considerato proficuo al commercio, viene adottato nell'interesse generale coll'intento di giovare eziandio a tutto il ceto dei creditori. E niuno meglio di loro è in grado di apprezzare quale fede meriti il debitore nelle sue allegazioni, se la consecuzione del loro avere integrale possa realmente effettuarsi all'ombra di una breve dilazione ovvero sia questo un inutile tentativo senza lusinga di lieto successo e più dannoso dell'apertura del fallimento. E molto giustamente aggiungeva la stessa Corte, che in difetto della maggioranza vien meno la ragione fondamentale della moratoria, e, posta la necessità che vi sia una maggioranza di creditori favorevoli, è evidente che avanti di convocarli, non potendosi tampoco constatare se una maggioranza esista,

manca il primo estremo indispensabile per accordare la moratoria; che senza raccogliere i singoli avvisi dei creditori non è dato vagliare se il richiesto rimedio sia opportuno e mediante quali provvedimenti possa essere convertito a vantaggio comune; e che non sarebbe quindi che un precipizio, un assurdo, contrario all' indole dell' instituto, alla lettera ed allo spirito della nostra legge, il concedere la moratoria prima di aver convocati i creditori.

Dello stesso avviso furono le Corti d' appello di Roma (sentenza 7 marzo 1889 in causa Carmignani-Ovis), di Milano (sentenza 21 luglio 1891 in causa Ferrovia Novara-Seregno contro Maglione) e di Venezia (sentenza 7 aprile 1892 in causa De Paoli contro Da Re).

**130.** Non può sorgere dubbio sulla facoltà del tribunale di pronunciare in ogni caso una sentenza preparatoria o interlocutoria perchè il desiderio della speditezza non deve sacrificare la sostanza del giudizio (Tartufari, *La Moratoria,* n. 80). Nè posso convenire col M. Vita-Levi (op. cit., § 23), che i soli creditori possano proporre prove testimoniali, interrogatori ed altri incombenti, e che tale facoltà debba assolutamente essere ricusata al debitore. Simili enormità non furono certo sancite dalla legge! La condizione dei litiganti deve sempre essere eguale. Si dice che il debitore non può lagnarsi se gli viene preclusa la via a trarre in lungo il giudizio, perchè era effettivamente suo dovere, fin dal momento in cui ha presentato la domanda, di avvisare ai mezzi di sostenerla procurando all' uopo delle prove in un certo senso precostituite, preordinate direttamente a quel fine; che il non averlo fatto dimostra una colpa o quanto meno una negligenza poco scusabile e tanto più riprovevole in chi vuole

ottenere un favore; che al contrario i creditori non potevano preparare i mezzi di difesa prima di conoscere le ragioni di fatto a cui era appoggiata la richiesta del debitore, donde la necessità di concedere loro, all'atto in cui sono chiamati a contraddirla, di giovarsi di prove dirette a togliere efficacia alle circostanze da lui invocate, vuoi contrapponendone altre, vuoi anche solo scemando la portata e le conseguenze delle prime. — Tutto questo ragionamento è assurdo! Perchè se tutto ciò può talvolta accadere ed indurre il tribunale a non ammettere le prove proposte dal debitore, può anche, e forse più spesso, accadere l'opposto. Le circostanze straordinarie ed imprevedibili che motivano la domanda di moratoria molto spesso metteranno il debitore, specialmente se di buona fede, nell'assoluta impossibilità di poter in pochi giorni e forse in poche ore precostituire e preordinare le prove necessarie; e quindi non ci sarà nè colpa nè negligenza inescusabile nel debitore; la necessità di queste prove non preparate può molte volte dipendere dalla natura delle eccezioni opposte dai creditori. Ma anche indipendentemente da tutto ciò chi sarà mai più interessato dello stesso debitore ad evitare le sentenze interlocutorie e le lungaggini del giudizio che ritardano la concessione del beneficio ch'egli stesso domanda? Non ammettendo la legge nostra la moratoria provvisoria nè la sospensione delle operazioni del fallimento per effetto della sola domanda (art. 820 Cod. comm.), nessun danno deriverà ai creditori dal ritardo alla concessione della moratoria e tutto il danno sarà del debitore. Se questi ricorresse in mala fede a tale espediente per ritardare la dichiarazione del fallimento, il tribunale facilmente potrà scongiurare questo pericolo ed il debitore, anzichè il be-

neficio della moratoria, potrebbe incorrere nelle sanzioni penali dell'art. 857 Cod. comm.

**131.** Il tribunale, giudica, dato che il fallimento sia dichiarato, se si debba o no sospendere l'esecuzione della sentenza che ha dichiarato il fallimento, e nel caso che si tratti di domanda presentata prima che il fallimento sia stato dichiarato se si debba concedere la moratoria o se invece si debba dichiarare il fallimento.

La sentenza, che concede o nega la moratoria o che ordina incombenti non deve necessariamente essere pubblicata nella stessa udienza, in cui venne discussa la causa. In difetto di speciali disposizioni in proposito, devono applicarsi le regole generali; in conseguenza il tribunale può rimandare ad altro giorno la pronunciazione e la pubblicazione della sentenza.

Ma il sistema della legge vigente è anche qui riprovevole, perchè se da un lato provvide alla sollecitudine coll'ammettere il procedimento sommario e l'abbreviazione dei termini (art. 822 e 876 Cod. comm.), dall'altra non ammettendo la moratoria provvisoria, mette i giudici nel duro bivio o di accordare la moratoria non *ex informata coscientia* o di rinviare la decisione per la necessità di più accurate investigazioni, rendendo illusorio sol perciò il beneficio della moratoria. Almeno per la moratoria provvisoria si dovrebbe delegare al giudice la cura delle prime investigazioni da farsi entro un termine brevissimo.

**132.** Anche il progetto sul concordato preventivo vuole: che con provvedimento, pronunziato od inserito nel processo verbale dell'ultima adunanza e prima della sottoscrizione del medesimo, il giudice delegato rimetta le parti a udienza fissa avanti il tribunale per la omologazione del concordato

nel termine non maggiore di giorni venti (art. 19, al. 1°); che almeno otto giorni prima di quello destinato per la udienza, la votazione del concordato ed il provvedimento del giudice sieno partecipati ai creditori non intervenuti (art. 19, al. 2°); che nella udienza stabilita per la omologazione il giudice delegato faccia la relazione della causa e il commissario giudiziale dia le informazioni che ritiene opportune e quelle che gli sono richieste dal presidente (art. 21, alin. 1°); e che il debitore ed i creditori abbiano diritto di intervenire per sostenere quelle sole istanze od opposizioni delle quali sono stati prodotti regolarmente i motivi, dichiarando irricevibile ogni altra contestazione (articolo 21, alin. 2° e 3°).

« Supposto, dice la relazione (pag. 80), che le maggioranze esistano, il tribunale assume una funzione autonoma, nella tutela dell'interesse pubblico e dei creditori assenti e dissenzienti. — Se il magistrato chiamato ad omologare il concordato, così egregiamente la Cassazione romana (Decis. 23 maggio, est. Puccioni, *Giur. Ital.,* 1891, I, 454), si convince che la maggioranza o per malintesa ed inopportuna pietà verso il fallito, o per errata valutazione dell'attivo del fallimento, o per altre ragioni non ha saputo o voluto giustamente estimare gli interessi di tutti; o che ricorrono gravi sospetti, che il consenso di alcuno dei creditori siasi ottenuto con occulti maneggi; deve rifiutare la omologazione, tanto a tutela dei diritti della minoranza, quanto nell'interesse della pubblica morale che rimarrebbe offesa se per tal modo il fallimento, invece di un disastro, prendesse figura d'una speculazione ».

« Nella omologazione del concordato preventivo, aggiunge la relazione (pag. 81), entra però in campo un altro fattore

di apprezzamento delicatissimo pel magistrato. Giacchè non basta che il dividendo offerto sia adeguato; non che schiette maggioranze di creditori lo abbiano accettato; occorre che il debitore risulti meritevole del beneficio che implora. Dicemmo nella prima parte di questa relazione (pag. 12-13) il significato che, nell'intendimento della commissione, deve attribuirsi alla espressione larga ma rigorosa adottata dal progetto. Gli atti del giudizio; le informazioni scritte ed orali del commissario; la testimonianza del magistrato che presiedette alle adunanze ed ha viva l'impressione di quanto si è svolto dinanzi a lui; le deduzioni che gli interessati avranno prodotte, tutto costituirà un cumulo di notizie e di informazioni tale da lasciare fidenti che il magistrato vorrà e potrà emettere un giudizio sereno e severo sui fatti, sulla condotta del debitore, sulle cause e le conseguenze del concordato, d'onde trarrà l'illazione di concedere o rifiutare la omologazione ».

**133**. Il rigetto della domanda di moratoria precedente la dichiarazione di fallimento, secondo la legge vigente, obbliga il tribunale senz'altro alla dichiarazione di fallimento (art. 827 ult. alin., Cod. comm.). La Commissione compilatrice del codice vigente avea ben ragione di dire (*Verb.*, n. 924) che dal rigetto della domanda di moratoria, ne deriva come conseguenza necessaria di diritto *la prosecuzione* del processo di fallimento; ma non perciò si dee ammettere che il fallimento sia sempre la conseguenza necessaria del rigetto della domanda di moratoria presentata prima che il fallimento sia dichiarato.

Che la dichiarazione di fallimento *possa* nella maggior parte dei casi, essere la conseguenza del rifiuto della moratoria in qualunque tempo sia domandata, si capisce; ma

può darsi il caso, che il debitore attraversi una crisi soltanto passeggiera, che non implichi necessariamente la cessazione dei pagamenti e che il tribunale possa trovar ragionevole di non passare senz'altro a questa misura estrema. In questa ipotesi il rigetto non dovrebbe aver altra conseguenza che di ristabilire la situazione anteriore alla domanda di moratoria o di concordato amichevole.

Disse benissimo la Corte d'appello di Venezia (Decis. 1° luglio 1886, in causa Filatura di Pordenone contro Rocca), che: « quantunque sieno stati dal giudice convocati i creditori e impartiti i provvedimenti amministrativi nell'interesse della massa dei creditori e tale sentenza sia inappellabile, non rimane paralizzata ogni iniziativa del fallimento qualora frattanto venisse dimostrato che frustranea è la domanda di moratoria riconoscendosi l'impossibilità di recare rimedio efficace alla cessazione dei pagamenti, giacchè il fallimento si dichiara anche d'ufficio appena ne sia il caso ».

Ciò sta bene, se ci sono gli estremi di fatto per dichiarare il fallimento d'ufficio ma non si può ammettere che, indistintamente, in tutti i casi nei quali la moratoria od il concordato amichevole sia inammissibile, il tribunale *debba* del debitore farne un fallito e che il debitore incorra necessariamente in quella decadenza morale che è, pur troppo, sempre causa od effetto del fallimento. Se un'idea di giustizia e di umanità ha indotto il legislatore ad ammettere la moratoria od il concordato preventivo a beneficio del debitore disgraziato, e non imputabile nè di dolo, nè di colpa grave, la dichiarazione di fallimento non può nè deve essere sempre la irremissibile conseguenza della rejezione della domanda fatta dal debitore.

Le formalità legali imposte per ottenere la moratoria o il concordato preventivo, sono certo importanti per tutti i creditori, e l'inadempimento delle medesime deve indurre il tribunale a non concedere la moratoria o a non omologare il concordato preventivo. Quando però il rifiuto della concessione di moratoria o della omologazione del concordato preventivo non è motivata da ragioni personali al debitore, nè fondate nell'interesse pubblico o nell'interesse generale dei creditori, ma unicamente su vizi di forma, sarebbe ingiusto negare al debitore disgraziato e di buona fede il diritto di presentare nuova domanda e togliere ai creditori l'occasione di un accomodamento amichevole forse vantaggioso. Se in tal caso il tribunale dovesse dichiarare d'ufficio il fallimento, si impedirebbe al debitore di presentare nuova istanza allo scopo di evitare la dichiarazione di fallimento. Il debitore non cessa di essere degno dell'interesse, al quale fa appello, sol perchè non ha potuto corredare la sua domanda di qualche documento che potrebbe forse procurarsi in seguito.

Il debitore in moratoria sarà in realtà in istato di fallimento non dichiarato a partire dal momento in cui ha chiesto la moratoria, ogniqualvolta, dopo aver fatto uso del beneficio, all'espiro del termine egli si trovi nella impossibilità di pagare e senza credito; allora dovrà essere dichiarato fallito retrotraendone la data al giorno della domanda di moratoria, come dovrebbe essere dichiarato fallito a datare dalla convocazione dei suoi creditori colui che, avendo convenzionalmente ottenuto un termine di proroga dai suoi creditori, non potesse pagare all'espiro del termine; perchè con ciò dimostrerebbe che non avrebbe potuto pagare nemmeno nel giorno in cui ottenne la proroga.

La domanda di moratoria o di concordato preventivo non implica necessariamente nè la cessazione dei pagamenti nè l'impossibilità attuale di pagare. Suppongasi che un industria attraversi una crisi e che pagando subito tutto e tutti l'industria non possa proseguire; i creditori sono interessati tutti in grande maggioranza a concedergli una proroga od una riduzione dei debiti per conservare in vita un avventore, un consumatore dei loro prodotti, piuttosto che esigere subito od integralmente i loro crediti; e perciò consentono, forse molto prima delle rispettive scadenze, alla moratoria o ad un concordato preventivo; perchè dovrebbesi dichiarare fallito colui che avrebbe potuto pagare e che non cessò mai di pagare?

**134.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo entra, in parte soltanto, in quest'ordine di idee, poichè stabilisce che: se con la domanda di convocazione dei creditori non sono presentati i documenti indicati nell'art. 2 e *risulta lo stato di insolvenza del ricorrente;* se non concorrono le maggioranze di creditori e di somma richieste per l'approvazione del concordato; se il debitore fosse stato giudicato immeritevole del beneficio del concordato; se le proposte non sieno legittime e serie, o non offrano sufficiente sicurezza d'esecuzione; e che per tali ragioni il concordato non fosse omologato, — il tribunale dichiara d'ufficio il fallimento (art. 28, alin. 1°).

Dunque basterebbe, anche secondo il progetto, il semplice rigetto dell'omologazione o il non concorso delle maggioranze per rendere inevitabile la dichiarazione di fallimento. È inutile anzitutto il prevedere l'ipotesi che non concorrano le due maggioranze, o le altre condizioni necessarie per l'approvazione del concordato, dal momento che si

contempla quella del rifiuto dell'omologazione, e dal momento che il tribunale deve rifiutare l'omologazione ogniqualvolta manchino le condizioni volute (art. 15, alin. 1°, e art. 23). E non è giusto poi che il debitore sia dichiarato in istato di fallimento solo perchè il concordato preventivo non sia stato omologato. « Il debitore, dice la relazione (pag. 81), chiedendo il concordato, confessa che il suo stato non gli consente di fare onore puntualmente alle obbligazioni contratte, sicchè la dichiarazione del fallimento è conseguenza fatale, ma inevitabile di tale confessione ». Ma ciò non è sempre vero! Si verificherà raramente, ma è pur possibile che si verifichi l'ipotesi di un industriale che, mancando di un capitale circolante per alimentare l'industria, e attraversando una crisi che gli rende impossibile ogni ricorso al credito e pur avendo di che pagare subito tutti i creditori, si trovi nella necessità o di liquidare l'industria, o di chiedere dilazioni e remissioni ai creditori. Egli tenta di ottenere il concordato preventivo, riesce ad ottenere l'adesione di una gran parte di creditori, ma, per raggiungere la maggioranza voluta dalla legge, gli manca l'adesione di un creditore che ha un credito relativamente meschino. Il tribunale non potrà omologare il concordato. Sarebbe ben dura la condizione di lui di dovere, per l'ostinazione di un solo creditore di piccola somma, sacrificare l'avvenire dell'industria, bene avviata ed utile, perchè costretto a devolvere tutti i capitali disponibili al pagamento dei debiti anzichè ad alimento dell'industria; ma perchè dichiararlo in istato di fallimento, se i suoi debiti non sono ancor giunti a scadenza, e se ha in cassa il danaro occorrente per pagar tutto e tutti? La dichiarazione di fallimento è conseguenza fatale e inevitabile della cessazione dei pagamenti di debiti

commerciali; non della domanda di concordato preventivo che può essere diretto allo scopo di salvare un'industria o di trattare in equo modo anche i creditori civili, anche prima di ogni cessazione di pagamenti e pur avendo pronti ed esuberanti i mezzi per far fronte con scrupolosa esattezza a tutte le sue obbligazioni commerciali.

Non basta l'eccezione che la sotto-Commissione volle introdurre per giustificare una regola che conduca a sì ingiuste conseguenze. « A questa norma generale, dice la relazione (pag. 81), una eccezione dovea farsi e fu fatta. Se col ricorso per la convocazione dei creditori non sono presentati i documenti indicati nell'art. 2 del progetto, la domanda non può accogliersi, ma non si dichiara senz'altro il fallimento. Si richiede la prova che il ricorrente è in istato di insolvenza. Troppo dura sarebbe altrimenti l'alternativa del tribunale. Mentre, se è vero che anche in questa ipotesi la domanda di concordato di regola, è confessione d'insolvibilità; tuttavia non è escluso che possa essere indotta da altri motivi, ad esempio dall'urgenza di superare una crisi inattesa, dal sentimento delicato dell'erede di salvare la reputazione del proprio autore, ecc. In ogni caso la domanda irregolare potrebbe integrarsi e ripresentarsi. Il decreto non costituirebbe, nè per l'indole sua potrebbe costituire, cosa giudicata. Da ultimo, finchè la cessazione dei pagamenti non è assunta dal legislatore a semplice indizio d'insolvibilità, ma è il criterio decisivo e determinato lo stato di fallimento, apparisce affrettato desumere la esistenza di quello stato della semplice presentazione di un ricorso irregolare (pag. 82) ».

Solo perchè manca un creditore per raggiungere la maggioranza di numero o l'importo di cinquanta lire per la

maggioranza di somma cesserà la necessità di provare che il ricorrente è in istato di insolvenza? Non sarà più troppo dura l'alternativa del tribunale? Perchè la domanda di concordato regolarmente presentata dovrebbe sempre essere confessione di insolvibilità, mentre non è sempre tale la domanda che non fu accompagnata da tutti i documenti voluti? Se la cessazione dei pagamenti è criterio decisivo e determinante lo stato di fallimento e non semplice indizio, sarà affrettato desumere la esistenza di quello stato dalla semplice presentazione di un ricorso, se anche questo ricorso non fu presentato con tutti quei documenti che sono richiesti dall'art. 2 del progetto.

**135.** La sentenza che accorda la moratoria deve essere resa nota al pubblico colle forme che ben presto vedremo quali sieno. — Non si potrebbe senza pericolo lasciare la moratoria in uno stato clandestino; a tutti i creditori, noti ed ignoti, importa di conoscere quale sia la condizione giuridica del debitore, se non altro per conformarsi alle disposizioni della legge. Infatti all'indomani della sentenza che concede la moratoria, l'esercizio di ogni azione contro il debitore è sospeso; i terzi devono essere avvertiti per non esporli a procedure e spese inutili; il debitore può aver dimenticati alcuni creditori; forse non conosce i possessori dei titoli all'ordine od al portatore da lui emessi. — Se i terzi non fossero avvisati della condizione del debitore, in buona fede potrebbero fidare in ragione di quel patrimonio che è vincolato alle obbligazioni precedenti di colui che ottenne la moratoria, e potrebbero eccepire la loro buona fede. Era quindi necessario dar pubblicità alla moratoria, non ostante che la pubblicità possa aumentare il discredito di colui che fu costretto a chiederla.

Come l'ordinanza che convoca i creditori così anche la sentenza che accorda la moratoria dev'essere pubblicata ed affissa (art. 912 Cod. comm.) alla porta esterna del tribunale e negli altri luoghi soliti, nel comune ove siede il tribunale, in quello ove siede la Corte d'appello, nel comune di residenza del debitore, in tutti i luoghi nei quali egli ha stabilimenti commerciali e nelle sale della borsa e delle Camere di commercio che si trovano nei luoghi stessi. Un estratto delle dette sentenze dev'essere inserito nel giornale degli annunzi giudiziari dei luoghi medesimi, salvo al giudice delegato di prescrivere l'inserzione in altri giornali, ove le circostanze richiedano una maggiore pubblicità. La pubblicazione e le inserzioni suddette devono farsi nel più breve termine possibile e cioè: se sono da eseguirsi nel luogo ove siede il tribunale al più tardi entro tre giorni dalla data della sentenza; se sono da eseguirsi altrove, devono spedirsi per l'immediata esecuzione nello stesso termine. Il giudice delegato deve aver cura speciale perchè queste disposizioni siano esattamente osservate (art. 912 Cod. comm.).

La pubblicità è più necessaria per la sentenza di moratoria che per le sentenze di interdizione e di inabilitazione (art. 844 Cod. proc. civ.). Per la sentenza di moratoria non si ritenne sufficiente l'affissione nella sala pubblica d'aspetto del tribunale, ma la si volle in più luoghi ed oltre a ciò si prescrive anche la inserzione nei giornali per assicurare viemmeglio che i terzi possano essere informati della decisione presa dal tribunale. Il giudice avrà la facoltà anche di ordinare che le inserzioni nei giornali si ripetano per più giorni di seguito o ad intervalli. La legge non dice ciò che questi estratti da inserirsi debbano con-

tenere; ma naturalmente dovranno contenere tutto ciò che al pubblico può interessare e cioè basterà sia indicato il fatto della concessione della moratoria e la durata della medesima. La affissione e la inserzione della sentenza possono acquistare anche una grande importanza per la decorrenza dei termini per l'opposizione e per l'appello.

**136**. La legge vigente non ammette che il termine della moratoria possa superare i sei mesi (art. 822 n. 1 Cod. comm.); e solo, date certe circostanze, il tribunale può concedere una seconda moratoria egualmente per un termine non maggiore di sei mesi (art. 828 Cod. comm.).

Se la sospensione degli effetti della sentenza che dichiarò il fallimento e degli atti esecutivi e delle azioni contro il debitore avesse soltanto per iscopo di mettere il debitore al riparo dalle esecuzioni individuali e di rendergli possibile nel frattempo un accordo amichevole colla maggioranza dei creditori, obbligatorio anche per la minoranza, il termine di sei mesi, che colla seconda moratoria può prolungarsi fino ad un anno, sarebbe troppo lungo. Il debitore dissestato nei suoi affari non ha bisogno di un termine sì lungo per intendersi colla maggioranza dei creditori e le trattative troppo protratte recano sempre danno troppo grave al debitore ed ai creditori suoi, perchè tengono in sospeso i diritti ed i rapporti dell'uno e degli altri. Ma l'intendimento del legislatore è ben diverso, come sappiamo. Il legislatore si lusinga che in questo termine il debitore possa pagar tutti i suoi debiti od ottenere da tutti i suoi creditori o una dilazione od una remissione. Ed in tale ipotesi il termine è troppo ristretto almeno nel maggior numero dei casi. Un imprenditore di lavori o di somministrazioni può aver impiegato tutti i suoi capitali in un affare supe-

riore alle sue forze, ma ottimo. La natura dell'affare stesso, le difficoltà degli incassi, ed altre circostanze possono impedire ogni calcolo preciso sul tempo, in cui l'affare può avere il suo svolgimento. Affrettare le operazioni equivarrebbe a rendere inevitabile il fallimento, rovinando il fallito, e danneggiando i creditori. Aspettando per un termine congruo, il debitore potrebbe esser sicuro di riavere il suo, ed impiegando nei lavori in corso ciò che dovrebbe altrimenti destinare al pagamento dei suoi debiti, potrebbe egli assicurarsi per un'epoca lontana ma certa l'incasso di ciò che gli occorre per pagare tutto e tutti. — Il tribunale non deve sempre nella infinita varietà dei casi essere jugulato da un termine legale fisso, quando riconosca conveniente di concederne uno maggiore. Io ben comprendo che sarebbe pericoloso lasciar ai tribunali la facoltà di fissare questo termine a seconda dei casi; ma il termine massimo di sei mesi o di un anno è arbitrario e non raggiunge certo lo scopo, che spesso è un utopia, di metter il debitore in condizione di pagar tutto ciò che è da lui dovuto o di intendersela con tutti i creditori. La moratoria ossia la sospensione delle esecuzioni individuali per un breve termine è invece necessaria al solo scopo di dar tempo al debitore di concludere coi suoi creditori un concordato preventivo.

**137**. Per concedere la seconda moratoria la legge vigente esige due condizioni: 1° il pagamento di una parte considerevole dei crediti od il concorso di circostanze speciali; 2° il voto favorevole della maggioranza dei creditori rappresentanti almeno la metà del passivo residuo (art. 828 Cod. comm.).

L'autorità giudiziaria nella prima moratoria non è punto

vincolata dal voto della maggioranza dei creditori e può concederla anche in opposizione a quel voto; invece per la seconda moratoria, ossia per la prolungazione di quella già ottenuta, è assolutamente indispensabile il voto favorevole della maggioranza dei creditori rappresentanti almeno la metà del passivo residuo (Cassazione di Roma 28 giugno 1893 causa Bianchi-Ducci).

**138.** La legge vigente dà facoltà al tribunale di revocare la moratoria: 1° se nel corso di essa si scopra l'esistenza di debiti non dichiarati; 2° se nel corso di essa si scopra insussistenza di crediti dichiarati; 3° se il debitore non adempie agli obblighi che gli vennero imposti rispetto all'amministrazione ed alla liquidazione del suo patrimonio; 4° se il debitore risulti colpevole di dolo o di mala fede; 5° se il suo attivo più non offra speranza del totale pagamento dei debiti. In altri termini il legislatore vuole che il tribunale abbia facoltà di revocare il beneficio quando vengano a mancare, anche dopo accordato, le condizioni per le quali il beneficio fu concesso.

Quindi, a giudizio del tribunale, a seconda delle speciali circostanze, la moratoria potrà essere revocata quando siasi esagerato l'attivo od il passivo per modo da indurre in errore i creditori ed il tribunale sulla condizione economica del debitore, sulle proporzioni tra l'attivo ed il passivo del medesimo e su quelle qualità morali od intellettuali del debitore, che possono influire, in modo certo, sullo scopo che colla moratoria proponevasi, quello cioè di tacitare tutti i creditori.

La legge autorizza la revoca d'ufficio della moratoria col conseguente effetto della dichiarazione del fallimento o della continuazione della procedura di fallimento persino nel caso

in cui l'attivo non offra più *speranza* del totale pagamento dei debiti, mentre ammette nel tempo stesso che lo scopo della moratoria possa ritenersi raggiunto coll'accordo amichevole nel quale i creditori si sieno accontentati di un qualunque dividendo. — Ma quest'accordo-riduzione non è forse la migliore dimostrazione che l'attivo era insufficiente al pagamento dei debiti? Se fosse stato sufficiente, i creditori non si sarebbero indotti ad accettare un dividendo. Dunque, quando c'è la *certezza* che l'attivo non basti più a pagar tutti, non si dovrà revocare la moratoria, mentre sarà evitato tal pericolo quando ci sia soltanto la *speranza!* Osserva giustamente il Mortara (*Giur. Ital.,* XLVI, Parte IV, pag. 194) che: « una momentanea difficoltà del mercato può rinvilire a precipizio il prezzo delle azioni di un instituto di credito o delle merci in magazzino o dei prodotti di una industria, che formano il principal nucleo dell'attivo del debitore. Il giudice, perduta la *speranza* di far pagare intieramente il passivo, pel diminuito valore dell'attivo, decreta la revoca della moratoria forse due mesi o tre avanti il suo termine normale. Ebbene, aggiunge il Mortara, prima che i due o i tre mesi sieno spirati, il volgere propizio di nuovi eventi può far rialzare il prezzo di quei titoli, di quelle merci, di quei prodotti, elevandolo perfino al disopra della primitiva valutazione. Si potrà allora deplorare che il giudice abbia agito a precipizio, revocando la moratoria; ma niuno potrà accusarlo di avere operato fuori o contro la legge; avvegnachè egli, nel momento della revoca, più non trovava nell'attivo del debitore elementi bastevoli a tener viva la speranza del totale pagamento dei debiti ».

**139.** Non v'ha dubbio sulla necessità indeclinabile di una sentenza che chiuda il periodo della moratoria; sebbene il legislatore conservi in proposito il più assoluto silenzio (Così anche Vidari, op. cit., 3ª ediz., n. 8627; — contro: Tartufari, op. cit., nn. 95, 213, 214 e 215). — La sentenza che concede la moratoria ordina al debitore di far constare entro il termine stabilito di aver soddisfatto tutti i suoi debiti scaduti o di aver ottenuto dai creditori dilazione al pagamento (art. 822 n. 2 Cod. comm.). L'accordo stipulato coi creditori, se vi fu dichiarazione di fallimento, dev' essere omologato dal tribunale (art. 825 ult. alin. Cod. comm.). Sia che si tratti di moratoria anteriore alla dichiarazione di fallimento, sia che si tratti di moratoria successiva, se nel corso di essa si scoprano alcune delle circostanze contemplate dagli articoli 826 alinea, e 827 alinea ultimo Codice di comm., il tribunale deve dichiarare il fallimento o dare tutti i provvedimenti opportuni per la continuazione della procedura di fallimento. Sebbene tra queste ipotesi dell'omologazione e della revoca della moratoria e della dichiarazione o continuazione del fallimento non sia contemplato il caso in cui la moratoria anteriore alla dichiarazione di fallimento finisca con un accordo amichevole coi creditori, l'intervento del tribunale anche in tal caso è indeclinabile, se non altro per vedere se sia o no il caso, alla fine del termine della moratoria, di dichiarare il fallimento per l'inadempimento dell'obbligazione derivante dall'ordine dato al debitore di far constatare il pagamento di tutti i suoi debiti o di aver ottenuto una dilazione. È opportuna quindi, anzi necessaria una dichiarazione giudiziale, tanto più, che relativamente all'adempimento di quest'obbligo potrebbero sorgere contestazioni con qualche cre-

ditore sull' esattezza del detto adempimento (Trib. di commercio di Venezia 11 maggio 1885 causa Frankel — Corte d'app. di Genova 22 dicembre 1892 causa Courandin-Noceti e Zanutta).

**140.** Secondo il progetto definitivo sul concordato preventivo, ciò che mette fine alla procedura è la sentenza che omologa il concordato: « Tostochè la sentenza di omologazione del concordato è definitivamente esecutiva, dice la relazione (pag. 83), cessa il rapporto procedurale iniziato dal ricorso e per conseguenza cessano le funzioni del commissario giudiziale. Il compenso dovutogli che, attesa l'indole conservatrice di quelle funzioni, gode privilegio sui beni mobili ed immobili del debitore, è liquidato dal giudice delegato. Ogni patto contrario è nullo (art. 25). Il provvedimento del giudice è reclamabile da parte di ogni interessato nel termine e con le modalità stabilite dal Codice di procedura civile (art. 377). Mirano queste disposizioni ad impedire quelle convenzioni abusive che ora si deplorano tra debitore e curatore pel caso che questi raggiunga lo scopo di far conchiudere un concordato, scopo che la legge in vigore stranamente impone quasi dovere legale al curatore (art. 830 alin. 2°) ».

**141.** La procedura di moratoria o di concordato preventivo è giustificata da un interesse generale; bisogna dunque agevolarla limitando le spese. Questo interesse pubblico non deve essere subordinato a gretti interessi fiscali. D'altra parte il debitore può trovarsi in condizione di non poter assoggettarsi alla spesa, talvolta enorme, di tasse di bollo e di registro e di pene pecuniarie per mettere in regola i documenti necessari a giustificazione della sua domanda, e la procedura deve svolgersi senza impacci e ra-

pidamente. Devono essere evitati tutti gli ostacoli che possono frapporsi all' intento di rischiarare il tribunale sulla domanda di moratoria o di concordato preventivo.

La Commissione compilatrice del Codice vigente, considerando che in qualche caso la brevità del termine concesso dalla legge e sovente l'irregolarità di alcuni dei documenti, che devono servire a rischiarare il giudizio del tribunale nella concessione della moratoria o la difficoltà di uniformarli alle norme concernenti le tasse di registro e di bollo, potrebbe esser di ostacolo al raggiungimento dello scopo, a cui la legge è diretta (*Verb.*, n. 926), dettava l'art. 829 del Codice pel quale: « I documenti e gli altri mezzi di prova atti a rischiarare il giudizio del tribunale sulla domanda di moratoria possono essere presentati senza le formalità prescritte dalle leggi sul registro e sul bollo ».

Coll'art. 21 della legge 14 luglio 1887 n. 1887 si abrogò, forse inconsciamente, il detto art. 829 del Codice di commercio, poichè si dichiarò con detto articolo che cessano di aver effetto le esenzioni in materia di tasse di registro e di bollo concesse o dipendenti da leggi concernenti materie estranee alle dette tasse emanate a tutto il 1884.

**142.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo, allo scopo di rendere il procedimento meno dispendioso, ammette le partecipazioni ai creditori per lettera o per telegramma; non prescrive un formale inventario della sostanza del debitore; non impone la denuncia dei crediti perchè sieno presi in considerazione e, se denunciati, non richiede si documentino, tranne il caso che sia necessario giustificarli; riconosce la validità delle procure stese senza formalità negli inviti delle adunanze; semplifica le pubblicazioni degli atti più importanti e fa decorrere il termine

per impugnare la sentenza di omologazione dalla sua pubblicazione all'udienza del tribunale; ma, quanto alla esenzione del bollo e registro, si limita a dichiarare che alla procedura di concordato si applicano le disposizioni dell'art. 829 del Codice di comm. (art. 44). « Si tratta pertanto, dice la relazione (pag. 44), di una risurrezione, riparatrice di errore involontario. Più si sarebbe desiderato e potuto fare, anche per rispondere ai voti energicamente espressi dagli organi più autorevoli dell'industria e del commercio. Senonchè, facendolo, temevasi di ritardare la progettata riforma, tanto i tempi pajono inadatti ad un alleggerimento qualsiasi delle spese giudiziali ».

**143**. Se per timore di perdere un cespite di entrata non si può giungere fino al punto di dichiarare nettamente che sono esenti dalle tasse di bollo e registro tutti gli atti della procedura per ottenere la moratoria od il concordato preventivo, sarebbe stato però opportuno il sapere se tutti i documenti prodotti in corso di moratoria o di concordato preventivo, dal debitore, dai creditori, dai periti, e dal giudice delegato godano della stessa immunità; se i creditori ed il debitore possano prevalersi di effetti di commercio non bollati o bollati insufficientemente. Per lo meno bisognava ridurre la tassa di registro del concordato, perchè questa tassa di registro, essendo di solito la più grave fra tutte le spese della moratoria o del concordato preventivo, spesso renderà impossibile di evitare il fallimento, quand'anche si risparmi ogni altra spesa per documentare la *domanda* di moratoria o di concordato.

**144**. Il nostro Codice di commercio esplicitamente dichiara che sono soggette ad opposizione od appello le sentenze finali di primo grado colle quali il tribunale, a sensi

dell'art. 822, pronuncia sulla domanda di moratoria. Se l'articolo 913 dello stesso Codice introduce una eccezione alla regola generale del nostro diritto giudiziario che contro ogni sentenza pronunziata dall'autorità giudiziaria siano ammissibili i rimedi ordinari per ottenerne la riforma o la revoca, d'altra parte si affretta a dichiarare che nella eccezione non sono comprese le sentenze finali in primo grado di giurisdizione sulle controversie indicate nell'articolo 822. Ma questo articolo 822 riflette unicamente le moratorie domandate dopo la dichiarazione di fallimento. Se l'articolo 913 richiama soltanto l'articolo 822, senza accennare all'articolo 827, che riflette la domanda di moratoria anteriore alla dichiarazione di fallimento, si potrà forse dedurre da ciò che il legislatore abbia inteso di rendere inammissibili i detti rimedi contro le sentenze finali di primo grado che risolvono le controversie sulla domanda di moratoria anteriore alla dichiarazione di fallimento? Il legislatore, non accennando all'art. 827, non ha inteso di rendere non suscettibili di rimedio le sentenze che giudicano sulla moratoria chiesta prima della dichiarazione di fallimento, perchè ha stabilito che anche queste moratorie siano regolate dalle disposizioni, non incompatibili, che regolano la moratoria successiva alla dichiarazione di fallimento.

La analogia tra le due moratorie è evidentissima, poichè le sole differenze tra l'una e l'altra son le seguenti:

1° che mentre nell'una i creditori sono convocati per ordine del presidente del tribunale, nell'altra sono convocati in seguito a sentenza del tribunale;

2° che mentre nell'una il presidente può soltanto ordinare o non ordinare la convocazione, nella seconda il tribunale, in camera di consiglio e senza contraddittorio,

può ordinare la convocazione dei creditori, prescrivendo i provvedimenti temporanei, o respingere la moratoria e dichiarare senz'altro il fallimento.

Nonostante queste differenze, la loro grande analogia esclude ogni dubbio sulle intenzioni del legislatore quanto all'identità dei rimedi ammessi sià nell'uno che nell'altro caso.

Nessuno potrà certamente sostenere che il principio pel quale si ammette l'opposizione e l'appello contro le sentenze sulle domande di moratoria posteriori alla dichiarazione di fallimento sia incompatibile colla moratoria anteriore al fallimento; invece è certo e manifesto che una identità di ragioni sussidia il diritto di gravame contro tutte le decisioni relative sia all'una che all'altra delle due moratorie. In senso contrario decisero le Corti d' appello di Torino (sentenza 30 marzo 1886, in causa Casati Conelli) e di Catania (sentenza 30 aprile 1888, in causa Abela contro Miano).

Il Vidari (ediz. 2ª, vol. III, n. 4919) che riteneva non opponibile nè appellabile la sentenza contemplata dall'articolo 827 Cod. comm., sol perchè quest' articolo non è richiamato, come l' 822, dall' art. 913; dichiarava però che non si capisce perchè l'una sentenza abbia da poter esser opponibile ed appellabile, e l'altra no — e finì col mutar opinione (ediz. 3ª, vol. VIII, n. 8652).

Tartufari (*La Moratoria*, n. 283) non ritiene applicabile al caso l'art. 913, relativo alle sentenze in materia di fallimento, perchè la moratoria nel caso previsto dall'art. 827 si concede prima che il fallimento sia dichiarato e quindi non è sentenza di fallimento. Egli ritiene che si debba far ritorno alla regola generale dell' art. 481 Cod. proc. civ., appunto perchè per tali moratorie il Codice non deroga

alla regola stessa. Per la moratoria successiva al fallimento era necessario evitare ogni causa che potesse protrarre la sospensione del fallimento; non eravi tale necessità, dice il Tartufari, per la moratoria precedente il fallimento.

Ormai gli autori e la giurisprudenza non sono più discordi nel ritenere l'appellabilità di tutte le sentenze che concedano la moratoria, sia precedente sia successiva al fallimento (M. Vita-Levi, *La Moratoria,* n. 50 — Bolaffio, nel *Dir. comm.,* II, 206 — Pagani, *Il fallimento,* pag. 229. — Corte di Genova 7 maggio 1886, in causa Russo-Ghirlanda — Corte di Venezia 16 settembre 1886, in causa Rocca-Filatura di Pordenone — Cassazione di Torino 25 febbraio 1887, in causa Casati-Conelli — Cassazione di Firenze 24 marzo 1887, in causa Filatura di Pordenone-Rocca).

**145.** Ma ritenuto il principio che sia ammissibile il reclamo contro qualunque sentenza definitiva pronunciata in primo grado di giurisdizione su domanda di moratoria, sia prima che dopo il fallimento, resta a vedersi se ai creditori non sentiti nè citati, competa il diritto di far opposizione oppure quello di appellare contro la sentenza che pronuncia sulla domanda di moratoria anteriore alla dichiarazione di fallimento. La questione fu molto dibattuta ed in diverso modo risolta nel campo della giurisprudenza.

A favore dell'appellabilità si disse: che la sentenza di moratoria non può essere soggetta ad opposizione, perchè è sentenza finale emessa in primo grado, colla quale il tribunale esaurisce completamente la propria giurisdizione; che l'opposizione è un rimedio offerto contro determinate pronuncie, emesse in camera di consiglio, le quali, ferendo l'interesse o del debitore o dei creditori, danno diritto a

quello o a questi di richiamarsene allo stesso tribunale colle garanzie proprie del contraddittorio; che devesi distinguere la moratoria domandata ed ottenuta nel corso del procedimento del fallimento, e dopo che questo fu dichiarato, dalla moratoria domandata ed ottenuta prima che fosse avvenuta qualunque dichiarazione di fallimento; che nel primo caso la moratoria in ordine procedurale segue le traccie stabilite nei procedimenti di fallimento, e, nel secondo caso, segue l'ordine ordinario delle cose, perchè in questa seconda ipotesi non vi è fallimento, anzi esclude categoricamente il fallimento, avendo lo scopo di prevenirlo; che con queste norme direttive che sono giuridiche e logiche devesi interpretare la legge e quindi devesi ritenere, a sensi dell'articolo 913, che nel giudizio e procedura di fallimento i rimedi di opposizione e dell'appellazione non sono ammessi quando trattasi dei provvedimenti di amministrazione e che le sentenze definitive non sono private dei rimedi ordinari della legge; che infatti le sentenze indicate negli art. 706, 816, 836, 765 e 822 e la sentenza che respinge la domanda di fallimento sono tutte definitive; che la moratoria accennata dall'art. 822 è solamente quella che ha per iscopo di sospendere la esecuzione della sentenza che dichiara il fallimento; che quindi l'art. 913, che stabilisce il divieto all'appello dalle sentenze in ordine al fallimento, conseguentemente estende cotesto divieto ai provvedimenti di moratoria per la sospensione della sentenza dichiarativa di fallimento; ma che invece quando la moratoria è diretta a prevenire il fallimento non è per conseguenza accessoria al fallimento e quindi senza un'espressa dichiarazione di legge non può estendersi il divieto dell'appellabilità alle sentenze sul riguardo pronunziate, divieto stabilito pei fal-

limenti dichiarati; che infatti quando nell'art. 827 si accenna alla moratoria precedente il fallimento e allo scopo di prevenirlo, non è più detto dell'appellabilità o meno di cotali provvedimenti; anzi esclude l'applicazione dei provvedimenti per la prima moratoria che non sono con essa compatibili, e l'art. 913 suaccennato accenna solamente le sentenze in materia di fallimento comprendendovi le ipotesi dell'art. 822, non dell'art. 827 che non suppone anzi esclude necessariamente il fallimento; che se è appellabile la sentenza di moratoria dopo il fallimento, e si ritiene in tal caso necessario un secondo esame della controversia, appellabile parimenti dev'essere la sentenza della moratoria anteriore al fallimento, anzi a forziori, mentre in questo caso da un canto il debitore non è sostituito dagli organi amministrativi e legali del fallimento e dall'altro la sentenza potrebbe ferire altrimenti in modo irreparabile l'interesse altrui; che non vale l'opporre che quando il tribunale, in camera di consiglio si limita a dichiarare il fallimento a sensi dell'ultimo punto dell'art. 827, contro la relativa sentenza non sia possibile che il rimedio dell'opposizione da proporsi davanti lo stesso collegio nei modi e termini prescritti dall'articolo 693, perchè, una volta presentata la domanda di moratoria, prima ancora che taluno dei creditori abbia provocata la dichiarazione di fallimento, il tribunale non può prescindere dal portare il suo esame sulla domanda medesima, come quella che deve avere la preferenza, in quantochè dalla decisione sulla medesima dipende l'accoglimento o meno dell'istanza di fallimento perchè l'opposizione non avrebbe ragione di essere dal momento che la contestazione non può aver per oggetto l'esistenza degli estremi per la dichiarazione di fallimento, che sono in so-

stanza ammessi dal commerciante che chiede la moratoria, ma sibbene sulla concorrenza delle condizioni per cui questo beneficio della moratoria può essere concesso al commerciante che confessa di aver cessato o di dover cessare i suoi pagamenti; che se anche la sentenza emanata a sensi dell'ultimo punto dell'art. 827 si dovesse considerare come una pura e semplice sentenza dichiarativa di fallimento sarebbe sempre riservata al fallito la facoltà di appellare, anche senza aver fatto prima opposizione.

Così le Corti d'appello di Genova (sentenze 7 maggio 1886 causa Russo contro Ghirlanda) e di Venezia (16 settembre 1886 in causa Rocca contro Filatura di Pordenone ed altri). Nello stesso avviso concordavano anche le Cassazioni di Firenze (sentenza 24 marzo 1887 in causa Filatura di Pordenone contro Rocca), di Torino (sent. 25 febbraio 1887 in causa Casati contro Conelli), il prof. Bolaffio (nota nella *Temi Veneta*, anno IX, pag. 193) e l'avv. M. Vita-Levi (*La Moratoria*, § 50).

A mio avviso è più conforme alla lettera ed allo spirito della legge il ritenere che contro la sentenza che accorda la moratoria a chi non è fallito si possa soltanto fare opposizione e non appellare e che il rimedio dell'appello sia riservato soltanto contro la sentenza che pronuncia sull'opposizione.

Così, ritennero le Corti d'appello di Ancona (sentenza 12 settembre 1894 in causa Pitigliani Cirilli) e di Roma (sent. 7 aprile 1889 in causa Carmignani contro Ovis) e la Cassazione di Roma (decisione 15 febbraio 1895 in causa Pitigliani contro Cirilli). Lo stesso egregio prof. L. Bolaffio dovette in parte ricredersi (*Temi Veneta*, XI, § 468) non ammettendo che il contraddittorio possa per la prima volta instituirsi in appello.

La stessa Corte di cassazione di Firenze (decisione 28 marzo 1894 in causa Verrando contro Simonelli), mutando avviso, ammise che il mezzo per impugnare la sentenza che decide sulla domanda di moratoria anteriore al fallimento sia quello dell'opposizione e non l'altro dell'appello. E questa conclusione, ripeto, mi sembra più dell'altra conforme alla lettera ed allo spirito della legge. Sarebbe più ragionevole, a parer mio, il negare ogni rimedio di legge contro le sentenze che decidono sulla domanda di moratoria di chi non è ancora fallito, piuttostochè ammettere che sieno appellabili e non opponibili.

Se è vero che non si può appellare da chi non fu parte nel primo giudizio, non si potrà nemmeno far opposizione da chi non possieda tale qualità; ma, nell' economia del nostro Codice di commercio, specialmente in materia di fallimento, spesso si riscontra che l' opposizione, come rimedio *sui generis,* è tassativamente ammessa a favore di chi, pur non avendo fatto parte del primo giudizio, può essere pregiudicato dalla sentenza pronunciata senza il suo intervento (art. 693, 706, 836 Cod. comm.). Questo diritto di opposizione, ammesso esplicitamente dalla legge a favore dei creditori, rende inutile la questione se questi creditori sieno parti, terzi, rappresentati dal debitore o aventi causa da lui. Quello che è certo si è che la legge riconosce loro il diritto di far opposizione alla sentenza pronunciata dal tribunale senza il loro intervento. Questa opposizione è un rimedio eccezionale ben distinto dall' opposizione di terzo, sebbene abbia molta analogia col medesimo, e dalla opposizione contro le sentenze contumaciali ammessa a favore della parte legalmente citata, ma non comparsa.

È bensì vero che, quale rimedio eccezionale, non potrà

essere ammesso se non nei casi stabiliti dalla legge. Ma, se, come ho già dimostrato, la legge ammette che la sentenza di moratoria, sia prima che dopo il fallimento, possa essere impugnata, come si potrebbe seriamente sostenere che mentre nei casi previsti dagli art. 693, 706 e 836 si ammette l'opposizione, ossia il diritto di richiamo allo stesso tribunale, perchè riesamini la questione in contraddittorio, e ciò all'intento che non vada perduto un grado di giurisdizione, abbia poi voluto un diverso procedimento pel gravame contro la sentenza, che, senza sentire le parti interessate, abbia giudicato sulla moratoria? Il legislatore nei soli casi previsti dagli art. 574, 656 e 702 del Codice di proc. civile ha ammesso la possibilità che il contraddittorio si effettui solo nel secondo grado di giurisdizione; ma queste disposizioni non possono estendersi per analogia.

Giustamente osservava la Cassazione di Roma (sentenza suindicata) che: « Ammesso l'esercizio del gravame contro le pronunzie in parola, non potrebbesi trovare, nell'assoluto silenzio della legge, la ragione plausibile per limitare al solo diritto di appello cotesto esercizio. E tanto più grave si rivelerebbe cotesta limitazione in quanto che, senza il soccorso di un precetto speciale del legislatore, il magistrato verrebbe a privare le ragioni dei creditori, possibilmente lesi dalla concessione della moratoria senza loro intervento, del vantaggio di essere valutate, pria di tutto, da quello stesso magistrato, che la moratoria ha conceduto, ed il quale potrebbe benissimo, in vista delle ragioni medesime, rivocare il beneficio largito al commerciante quando di quelle ragioni non aveva avuto notizia. E di questa valutazione di primo grado di giurisdizione verrebbero pur private le difese che il commerciante medesimo potrà essere

nel caso di contrapporre alle ragioni degli opponenti suoi avversari ».

« Mancherebbe il fondamento del diritto e della ragione ad un siffatto sistema e, aggiunge la cassazione romana, si darebbe luogo ad ibrida anormale contestazione di lite. Il tribunale vedrebbe mantenuto il suo provvedimento dal magistrato superiore per effetto di ragioni che a lui non vennero presentate, o per l'intervento in causa di parti che innanzi a lui non vennero citate nè sentite. Si vedrebbero appellate sentenze emesse senza alcun contradditorio. È così essenziale pel nostro diritto giudiziario il principio del doppio esame di ciascuna contestazione, salvo le eccezioni specialmente designate dalla legge, che l'art. 490 procedura civile inibisce innanzi al giudice d'appello financo l'ampliamento dei termini fissati alla contestazione medesima davanti al magistrato di prima sede ».

E per viemmeglio dimostrare che al creditore, in tema di sentenza relativa alla ipotesi dell'art. 827 Codice di commercio, spetti innanzitutto il diritto di opporsi e poscia quello di impugnarla con l'appello, la Cassazione di Roma, dopo aver rivolta la sua attenzione e quanto dispongono gli art. 693, 770, 830 e 836 del Codice di commercio, aggiungeva: « Il legislatore ha voluto che pria di qualunque autorità superiore in cotali casi, sia chiamato lo stesso giudice, che ha emanato la sentenza, a riesaminare la materia del contendere nell'interesse degli opponenti e decidere se sia giusto e legale mantenere più oltre la emessa statuizione. Ed oltre a ciò non può prescindersi dal ricordare che se ad ammettere il concetto della impugnabilità della sentenza emanata nel caso dell'art. 827 si è dovuto far ricorso alla interpretazione data dell'art. 822 e ritenere che

il legislatore abbia inteso riguardare come parte di questo ultimo il successivo art. 827 e per tale motivo considerare questo come virtualmente compreso nell'art. 913 che indica solamente l'art. 822, non saprebbesi giuridicamente concepire come, mentre per l'art. 822 siano ammissibili l'opposizione e l'appello, debbasi poi per l'art. 827, parte di quello, ammettere il solo appello. Si manometterebbero le regole che la parte è governata dalle norme del tutto, a cui appartiene, e che dove vi sia la identità di ragione debba esservi identità di diritto e di trattamento ».

**146.** L'ordinanza del presidente che dà i primi provvedimenti sulla moratoria chiesta dal fallito (art. 820 Codice comm.), le sentenze colle quali il tribunale detta le norme speciali della liquidazione o dà le autorizzazioni richieste dall'art. 823, la sentenza colla quale il tribunale stabilisce nuovi termini per la verificazione dei crediti o revoca la moratoria (art. 826 Cod. comm.), e la sentenza colla quale omologa gli accordi coi creditori (art. 825 Cod. comm.), non sono soggette ai rimedi dell'opposizione e dell'appello, perchè l'art. 913 Cod. comm., nel quale tassativamente sono enumerati i giudicati suscettibili di opposizione o di appello, non comprende le ordinanze e le sentenze suindicate. L'art. 913 non contempla, come abbiam già visto, che le sole sentenze finali di primo grado di giurisdizione indicate nell'art. 822; si potranno bensì comprendere per analogia anche quelle indicate dall'art. 827, ma non già quelle contemplate dagli art. 820, 823, 825 e 826. Se anche si fosse ritenuto giusto sottrarre ad ogni rimedio legale i provvedimenti di giurisdizione non contenziosa, non vi era ragione di trattare alla stessa stregua la sentenza di revoca della moratoria, e quella che omologa gli accordi coi cre-

ditori; il timore di lungaggini non è mai così grave nella moratoria, come nel fallimento; e se il legislatore nel fallimento dal divieto dell'interposizione degli accennati rimedi riteneva di escludere le *sentenze dalle quali può derivare un pregiudizio reale* (*Verb.*, n. 942), e annoverava fra queste quelle relative alla cancellazione del nome del fallito dall'albo (art. 816 Cod. comm.) alla verificazione dei crediti (art. 765), alle domande di rivendicazione (art. 807) e all'omologazione del concordato (art. 836), per lo stesso motivo doveva annoverare fra quest'ultime anche le sentenze di revoca della moratoria, e dell'omologazione degli accordi.

Così opina anche il Tartufari (*La Moratoria*, n. 250); ma egli adduce però il solito argomento, che mi pare insostenibile, quello cioè della inapplicabilità dell'art. 913 in materia di moratoria. Ma il Tartufari troppo spesso dimentica il principio sancito dal capoverso dell'art. 3 delle disposizioni preliminari del Codice civile. — E sì che lo stesso Tartufari invoca lo stesso art. 913 per dedurre dal medesimo che sieno appellabili le sentenze, colle quali il Tribunale, omologando l'accordo in moratoria, lo modifichi (op. cit., n. 188).

Il Vidari (3ª ediz., vol. VIII, n. 8637) ritiene inappellabile la sentenza che revoca la moratoria, ma non adduce alcuna ragione a sostegno della sua opinione.

**147**. I rimedi dell'opposizione e dell'appello sono invece ammessi contro le sentenze definitive che constatano l'adempimento degli obblighi del debitore all'effetto di chiudere il periodo della moratoria. L'art. 822 del Codice di commercio che ordina al debitore di far constare di aver soddisfatto i suoi debiti è richiamato dall'art. 913, il quale annovera tra le sentenze soggette ad opposizione ed appello

anche le sentenze finali di primo grado sulle controversie indicate dall'art. 822. Tra le controversie, alle quali può dar luogo l'applicazione dell'art. 822, non vi sono soltanto quelle che riflettono la concessione della moratoria, ma anche quelle che riguardano l'esecuzione dell'ordine indicato nel n. 2 dello stesso articolo. Come non si può negare ai creditori il diritto di far opposizione alla concessione della moratoria e di appellare contro la sentenza proferita sulla opposizione alla moratoria, così non può disconoscersi nel creditore estraneo o che si crede leso nei suoi interessi, il diritto di opposizione contro la sentenza che constata il pagamento di tutti i debiti scaduti o le dilazioni ottenute dai creditori, specialmente se il debitore opponente sostiene e prova che il suo debito è scaduto, e non pagato, mentre lo si fece apparire non scaduto od estinto.

Nè varrebbe l'opporre che sono tassativi i casi di eccezione scritti nell'art. 913 del Codice di commercio e che non è ammissibile l'estensione da un caso ad un altro in materia d'indole eccezionale e tassativa, poichè, come giustamente osservava la Corte d'app. di Genova (Decisione 22 dicembre 1893, in causa Courandin-Noceti e Zanutta) « non è offendere questo principio e cioè non è già estendere, ma dichiarare fin dove giunga l'eccezione, il ritenere la opponibilità della sentenza di chiusura della moratoria e l'appellabilità di quella attinente alla prodotta opposizione ».

Nello stesso senso decise anche la Cassazione di Firenze (Decisione 28 marzo 1895 in causa Simonelli-Verrando), osservando però che la sentenza finale, che constata l'adempimento o meno degli obblighi imposti al debitore, essendo stata in quel caso pronunciata in camera di consiglio,

i creditori dovevano esperimentare contro di essa il rimedio dell'opposizione e non quello dell'appello.

**148.** L'opponente, sia il debitore, sia il creditore, dovrà provare di essere nelle condizioni richieste per poter fare opposizione. Dovrà il creditore provare questa sua qualità; egli potrà provare con qualunque mezzo che mancavano le condizioni richieste dalla legge per la concessione della moratoria.

Come ogni altra specie di opposizione, anche quella fatta contro la sentenza di moratoria dovrà essere motivata; non sarebbe ammissibile l'opposizione che si limitasse ad asserire che il debitore fosse in mala fede; sarebbe necessario formulare fatti precisi e decisivi, concludenti, ad esempio, alla simulazione di passivo, all'omissione volontaria dei nomi di alcuni creditori, alla dissimulaziono dell' attivo, od alla dimostrazione dell'insussistenza dei fatti, sulla base dei quali sia stata concessa la moratoria.

**149.** L'opposizione deve essere notificata al debitore; ed anche al curatore, se l'opposizione riflette la sentenza di moratoria dopo la dichiarazione di fallimento.

I termini entro i quali la notificazione deve effettuarsi, io ritengo, nel silenzio della legge, debbano essere quelli indicati dall' art. 693 Codice di commercio, anzichè quelli dell'art. 476 Codice di procedura civile, dacchè simile è il caso previsto dall'art. 693 ed il fallimento è materia analoga (art. 3 dispos. prelim. Cod. civ.). D' altra parte se quello è indubbiamente il termine per l'opposizione contro la sentenza che rigetta a sensi dell' art. 827 la domanda di moratoria e che dichiara il fallimento, non è possibile l'ammettere che un termine diverso ci sia quando la sentenza, anzichè respingere, accolga la domanda di moratoria.

Il termine di otto giorni pel debitore, e di trenta giorni per ogni altro interessato, decorrerà dalle pubblicazioni ossia dalle affissioni ed inserzioni della sentenza (art. 912 Cod. di comm.), senza contare il *dies a quo*, ma computando però nel termine il giorno finale il *dies ad quem;* cosicchè se l'ultima inserzione fosse stata effettuata al primo del mese, i termini spirerebbero rispettivamente col giorno nove e col giorno trent'uno dello stesso mese.

La forma dell'opposizione è indubbiamente quella della citazione coi soliti termini legali a comparire (art. 132 e segg. e 147 e segg. Cod. proc. civ.).

**150**. L'opposizione, come l'appello, non sospende l'esecuzione, perchè anche le sentenze di moratoria, come quelle in materia di fallimento, sono provvisoriamente esecutive. Anche qui l'analogia mi pare indiscutibile (art. 3 disp. prelim. Cod. civ. e art. 913 Cod. comm.).

Il Tartufari (op. cit., n. 102) non ammette che sia applicabile al caso l'art. 913 Cod. comm., perchè questo articolo riflette soltanto le sentenze in materia di fallimento; però ritiene che il tribunale *debba* far uso della *facoltà* che gli concede l'art. 409 del Codice di proc. civ., dichiarando provvisoriamente esecutiva la sentenza che concede la moratoria.

Io non comprendo l'*obbligo* di usare di una *facoltà*. Aggiungasi che l'art. 409 Cod. proc. civ., esige, come condizione dell'uso di questa facoltà, l'*istanza della parte*. Dunque, secondo il Tartufari, potrebbe darsi anche il caso ben strano di una concessione di moratoria non produttiva di effetti fino a che non fosse confermata in appello o non fosse trascorso il termine per appellare, ossia un mese dalla notificazione della sentenza (art. 467 e 485 n. 1 Cod. proc.

civ.). — Negando la provvisoria esecutorietà troppi inconvenienti sarebbero possibili.

Perciò la moratoria produrrà tutti i suoi effetti anche durante la pendenza del giudizio d'opposizione o di appello. La presunzione di verità che risulta dalla sentenza del tribunale che concede la moratoria, è indubbiamente ed infinitamente più forte dell'opposizione e dell'appello, rimedi che, ciò non ostante, lasciando incerta la sorte del debitore, dovranno essere con rapidità esauriti.

**151**. L'appello sarà il mezzo ordinario per impugnare la sentenza pronunziata in sede di opposizione, ossia in contradditorio degli interessati, come si è visto. Questo diritto di appello competerà a tutti coloro che furono parti nel primo giudizio o che, legalmente citati, non siano comparsi, qualunque sia stato il loro voto nell'adunanza dei creditori; purchè non abbiano aderito alla domanda di moratoria avanti i primi giudici, perchè se ai creditori che nella convocazione aveano aderito alla domanda non è confiscato il diritto di intervenire in giudizio e di combattere, anche dopo l'adesione, la moratoria e di far opposizione alla sentenza pronunziata in camera di consiglio, in quantochè dopo l'adunanza possono essersi scoperti fatti nuovi che giustificano il mutato loro avviso, non potrebbero però in appello proporre domande nuove diverse da quelle proposte in primo grado di giurisdizione (art. 490 Codice proc. civile).

I creditori, che furono parti, presenti od assenti, nel giudizio di revoca avranno diritto di appellare contro la sentenza che revoca la moratoria o che rigetta la domanda di rivocazione (Tartufari, op. cit., nn. 251-253).

Difficilmente i creditori con pegno, gli ipotecari ed i

privilegiati potranno giustificare il loro interesse a ricorrere in appello (art. 36 Cod. proc. civ.).

**152.** Secondo il progetto definitivo sul concordato preventivo il decreto di convocazione dei creditori è irreclamabile (art. 3, al. 1°). « È un provvedimento, osserva la relazione (pag. 50), che lascia impregiudicato ogni diritto. Consentirne la impugnativa è praticamente inopportuno, perchè spesso si frapporrebbe un ostacolo di incerta durata al sollecito disbrigo della procedura ».

Contro la sentenza che omologa il concordato è invece concesso l'appello al debitore ed ai creditori, anche non intervenuti nella procedura anteriore, ma inscritti nel primo e nel secondo elenco entro trenta giorni dalla pubblicazione della sentenza stessa eseguita a tenore dell'art. 366 del Codice di proc. civ. (art. 24). « La omologazione, dice la relazione (pag. 82), ha un'importanza che eccede l'ambito ristretto dei contendenti. Il creditore che sostiene ed impugna il concordato è, in qualche modo, il gestore di una frazione di creditori, con lui consenziente. Difende un assunto che investe l'interesse anche di chi non è in causa. Conviene pertanto evitare che codesto gestore, mirando piuttosto all'utile individuale che al collettivo, adotti l'interessato consiglio di combinarsi col debitore facendo cadere la contestazione. Appunto perciò, come dicemmo (pag. 78), si riconobbe a qualunque creditore ed allo stesso debitore il diritto di tenere viva una opposizione da altri elevata, producendo i motivi che la sorreggono, se chi la elevò trascura di presentarli (art. 13, al. ultimo). Il criterio prudenziale della legge emerge sotto altro aspetto, e precisamente nella concessione che fa al debitore e ad ogni creditore purchè riconosciuto tale di appellare dalla sentenza di

omologazione facendo propria la opposizione sostenuta in prima istanza da altri. È la ulteriore applicazione del medesimo principio; che però in questo caso può avere una maggiore efficacia pratica, non essendo difficile che il creditore opponente, sconfitto in prima istanza, ceda le armi, e da altri, a ciò autorizzato, utilmente si adoperino. Mancando nella procedura di concordato un rappresentante della collettività, è necessario affidarsi al buon volere, e se pur vuolsi, alla ostinazione dei singoli creditori per il corso completo e definitivo del giudizio, tenendo calcolo delle spese ingenti che aggravano le liti ».

« Il termine per appellare dalla sentenza di omologazione, secondo il progetto preliminare era di quindici giorni. — Sarebbe stato meglio conservarlo tale; ma invece la Commissione generale volle protrarlo dai quindici ai trenta giorni, per compensare la decorrenza del medesimo, perchè, decorrendo il termine dalla pubblicazione della sentenza, questa potrebbe essere ignorata dai creditori specialmente se non sono intervenuti nel giudizio di concordato. — Ma le notizie oggidì, specialmente se cattive, in quindici giorni si divulgano anche in luoghi molto lontani. — La sotto-Commissione compilatrice del progetto preventivo (pag. 83), diceva benissimo che riducendo il termine e facendolo decorrere dalla pubblicazione si evitano « le spese di pubblicazioni e di notificazioni individuali superflue, tanto più se la sentenza è appellata, si riduce il termine dell'appello, per affrettare la definizione della procedura; termine che nella più larga riforma della legge sui fallimenti, diverrà probabilmente il normale. Si consente la sola appellazione, non accettandosi il rimedio ibrido della opposizione, che nella dottrina e nella giurisprudenza non è tuttavia pacifico

che cosa sia, quando, in quale termine e con quali modalità si eserciti nei casi in cui è concesso nella procedura di fallimento. Se un voto è permesso questo è: che il rimedio speciale della opposizione sparisca anche da questa procedura, e la unità della terminologia semplifichi le questioni sulla unicità del mezzo di impugnativa che quella espressione servirà quindi a designare (art. 474 Codice proc. civ.) ».

**153.** Se il decreto di convocazione dei creditori fosse, come diceva la sotto-Commissione compilatrice del progetto del concordato preventivo, un provvedimento che lasciasse impregiudicato ogni diritto, sarebbe ragionevole ed utile dichiararlo non soggetto a reclamo; ma invece, secondo il progetto, il decreto di convocazione viene implicitamente a giudicare ammissibile il ricorso, il cui primo effetto fin dalla data della sua presentazione è quello d'impedire ai creditori, per causa o titolo anteriore al ricorso, e sotto pena di nullità, di intraprendere o proseguire atti di sequestro o di esecuzione forzata e di acquistare qualsiasi diritto di prelazione sopra i beni del debitore (art. 5). Il ricorso adunque solo perchè presentato, produce l'effetto di una vera e propria moratoria provvisoria. Meno male se il tribunale fosse investito di un giudizio di cognizione, ma il suo ufficio, secondo il progetto, si limita a giudicare della *regolarità* del ricorso (art. 3), e cioè si limita a giudicare se il debitore abbia presentato insieme al ricorso i suoi libri di commercio; uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività; l'elenco nominativo di tutti i suoi creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e domicilii; e, se si tratta di società, i documenti che comprovano la sua regolare costituzione.

Quando il debitore presenti, insieme al suo ricorso tutti questi documenti, ed esponga gli avvenimenti e le ragioni che determinano la sua domanda, qualunque essi sieno, ed indichi i patti o condizioni che intende proporre ai suoi creditori, patti che possono essere anche inaccettabili, od i motivi pei quali non può indicarli immediatamente, il tribunale troverà che regolare è il ricorso e col decreto di convocazione dei creditori prolungherà per lo meno l'inibizione ai creditori di procedere a qualunque esecuzione individuale, conservando al debitore l'amministrazione dei suoi affari colla sola assistenza del commissario e la sorveglianza del giudice, i quali specialmente nei primi tempi, potranno prestare opera poco efficace. Ed ai creditori, ai quali si propone un miserabile dividendo e che non hanno nessuna fiducia nella capacità ed onestà del loro debitore, il quale è forse un bancarottiere fraudolento, sarà interdetto ogni reclamo e dovranno attendere in santa pace tutto lo svolgimento della procedura!

Dovrebbe, a mio avviso, essere aperta la via all'appello contro il decreto di convocazione, non solo ai creditori, ai quali il debitore colla sola presentazione del ricorso, non deve aver facoltà di imporre la moratoria, ma anche al debitore stesso, poichè se egli si ingannò sulla sua situazione deve poter far revocare la propria confessione della cessazione dei suoi pagamenti, come effetto di un errore di fatto (*Pandectes belges*, V. app. civ., n. 304; Namur, *Concordat preventif*, n. 711).

Per affrettare la definizione della procedura molto ragionevolmente il progetto riduce il termine dell'appello; fa decorrere il termine stesso dalla pubblicazione della sentenza in udienza e riduce ad uno solo i mezzi di impugna-

tiva; ma, per meglio raggiungere sì lodevole intento, anzichè lesinare troppo sull'ammissibilità dei rimedi di legge contro i pronunziati del giudice, dai quali possono derivare gravi ed irreparabili lesioni del diritto dei creditori e del debitore, meglio sarebbe a parer mio, ridurre ad otto, anzichè a quindici giorni il termine per appellare e stabilire il massimo anzichè il minimo termine a comparire, in analogia a quanto dispongono gli art. 695 e 703 del Codice di proc. civ., interdicendo ogni rinvio e dichiarando che le cause relative ai concordati preventivi debbano essere discusse e decise prima di tutte le altre.

**154.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo abolisce del tutto il fallimento pei commercianti che hanno un passivo inferiore alle L. 5000 (art. 45, al. 1°) e, per sottrarre questi alle azioni individuali, organizza una procedura speciale, con economia di formalità e di spese, avanti un notajo, al quale è affidato l'incarico di effettuare la liquidazione del patrimonio del debitore, qualora i creditori non accettino il concordato. La Commissione per la revisione del Codice di commercio a unanimità ritenne opportuno di non far passare i piccoli commercianti insolventi per la trafila della procedura ordinaria delineata per i casi ordinari, la quale per quanto semplice tuttavia apparisce complicata e costosa in ragione del meschino attivo necessariamente contrapposto a quella passività che si confessano impotenti a soddisfare. Infatti, come osserva la relazione della sotto-Commissione (pag. 97 e segg.), le attività di meschina importanza vengono inevitabilmente assorbite dalle spese inerenti al giudizio; i creditori pur essi si astengono dall'intervenire per tema di dover sottostare a dispendii inadeguati; i tribunali sono pur troppo ingombri di piccoli

affari che distraggono i funzionari dai processi e dagli atti di maggiore importanza senza un pratico risultato che soddisfaccia le ragioni della giustizia.

I fallimenti con un passivo inferiore alle L. 5000 costituiscono in Italia oltre il quarto dei fallimenti complessivi di ogni anno (Relaz. Cons. Penserini del 1892 alla Commiss. di statistica); ed a circa un quarto ascendono i fallimenti che si chiudono annualmente per insufficienza di attivo a coprire anche soltanto le spese di giustizia; nei piccoli fallimenti è difficile far accettare l'incarico ai curatori, i quali, accettandolo non v'impiegano la necessaria attività; spesso son questi piccoli fallimenti, che si chiudono quasi sempre per insufficienza d'attivo, che danno luogo a quasi altrettante condanne per bancarotta semplice essendochè riguardano piccoli merciai e bottegai, i quali, anche volendolo, non saprebbero tenere regolarmente i loro libri. Si osserva molto giustamente nella relazione della sotto-Commissione (pag. 99), che: è voto generale e razionale che si tolga una volta per sempre l'obbligo imposto di tenere regolarmente i libri di commercio a chi campa la magra esistenza giorno per giorno in operazioni che hanno l'atteggiamento esteriore di atti di commercio senza averne il reale contenuto. Scindere l'attività loro dall'attività generale del commerciante con una linea precisa di demarcazione, non è possibile. Il Codice germanico questo ha tentato (art. 10); se nonchè riescì ad una casuistica che, mentre intenderebbe distinguere il commercio dal piccolo traffico, l'industria dal mestiere, tormenta la pratica (Makower, *Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch,* Berlin ed Guttentag 1890, ed. 10ª, sull'articolo 10 note 40-43 - Gareis e Fuchsberger, *Das allgemeine deut Handlsg,* Berlin ed Guttentag 1891, sull'art. 10 n. 5 pag. 53

e seguenti) e attribuisce al giudice l'arbitrio di qualificare piccolo commerciante chi vuol esonerare dalla pena per la mancanza o la tenuta irregolare dei libri. Il fatto speciale e la evoluzione incessante della operosità commerciale mal si piegano a classificazioni preordinate e a criteri generici di valutazione e l'atto di commercio è per sè stesso ribelle ad ogni definizione. Meglio dunque un rimedio eroico. E dacchè la tenuta irregolare o la mancanza dei libri di commercio, all'infuori di una posizione deteriore del litigante nei riguardi della prova, altra diretta comminatoria non ha tranne quella della bancarotta in caso di fallimento (articolo 856 n. 5 e 857 n. 1 Cod. di comm.), si abolisca il fallimento per tutti quelli, che, pur compiendo per professione abituale atti di commercio, hanno un passivo che non supera le L. 5000 (art. 45 al. 1°). Sarà tolto così lo spettacolo miserando di processi per bancarotta semplice con cui si perseguitano infelici spesso di null'altro colpevoli che di non saper leggere e scrivere, snervando con l'abuso la efficacia morale della pena. Un ritorno all'arbitrio del giudice riconosciuto dal Codice di commercio del 1865 (articolo 701, n. 6), sarebbe un regresso legislativo, giacchè il magistrato non può sostituirsi alla legge per condannare o assolvere a sua discrezione, quasi delegato del potere reale di far grazia ».

A questi debitori, continua la relazione, offre pertanto il progetto il mezzo di liquidare amichevolmente la loro situazione, nella ipotesi che si trovino impotenti a far fronte regolarmente ai loro impegni. Possono così evitare le esecuzioni individuali e lo strascico dei debiti pel residuo insoluto.

La procedura è tracciata nel progetto agli art. 40-42. Nella sua semplicità non domanda schiarimenti. Il debitore

chiede al presidente del tribunale, nella cui giurisdizione ha lo stabilimento commerciale, la convocazione dei propri creditori dinanzi ad un notajo. Questi che cumula in qualche modo le funzioni del commissario e del giudice delegato, accerta le attività e le passività per mettere i creditori in condizione di apprezzare la convenienza di accettare o rifiutare le proposte del debitore. Il notaio convoca quindi i creditori per una adunanza che deve tenersi non oltre il mese dacchè gli fu partecipata la nomina. Egli presiede quest'adunanza e riferisce sulle condizioni morali ed economiche del debitore. Questi presenta le sue proposte di concordato o di liquidazione amichevole. Se sorgono contestazioni, il notajo procura di conciliarle. Non riuscendovi le risolve quale arbitro inappellabile. Tutte le deliberazioni dei creditori sono prese a maggioranza di voti e di somma. Il verbale dell'adunanza, accompagnato da una relazione sulle cause e condizioni del dissesto economico del debitore è trasmesso dal notajo al procuratore del re, il quale, con la scorta di tali atti, vedrà se vi sia titolo a procedere per bancarotta fraudolenta. Però l'esercizio dell'azione penale non pregiudica la validità del concordato e non ne sospende la esecuzione ». La relazione osserva che questa procedura speciale differisce da quella sul concordato preventivo in ciò: che essa rappresenta una nuova forma di esecuzione unica e generale, la quale sostituisce pei piccoli commercianti che la domandano tanto il fallimento quanto le esecuzioni individuali. Non si tratta adunque della proposta specifica di un concordato, bensì di una liquidazione della intera sostanza del richiedente a favore di tutti i suoi creditori, e che, secondo la volontà della maggioranza dei medesimi, può essere tanto amichevole quanto forzosa.

La liquidazione e la distribuzione dell'attivo, anche nel caso che le proposte del debitore non sieno accettate, si effettuano dal notajo con le modalità economiche che saranno determinate dai creditori e, in mancanza, con quelle stabilite dalla legge per la vendita volontaria dei beni dei minori. Quale sia la decisione dei creditori, la liquidazione sarà attuata dal notajo, dalla cui opera il progetto non intende che le parti sieno distratte nè per sorgere di controversie, nè pel rigetto delle proposte del debitore, nè perchè si avvii contro costui l'azione penale per titolo di bancarotta fraudolenta. Il debitore non implora un beneficio di legge, di cui debba dimostrarsi meritevole, come si verifica nel concordato preventivo. Chiede gli si applichi un giudizio speciale di esecuzione, quasi si direbbe famigliare, che raccoglie, liquida e rivolge ad esclusivo e proporzionale soddisfacimento dei creditori i rimasugli di un meschino patrimonio. Se le proposte di concordato fatte dal debitore sono accolte, il loro adempimento lo libera da ogni ulteriore obbligazione per l'avvenire. Se non lo sono esso è vincolato per i crediti residui rimasti insoddisfatti dopo la liquidazione e la distribuzione dell'attivo effettuate dal notajo.

« Una doppia ipotesi può verificarsi: — che il notaio accerti essere il passivo superiore alle L. 5000; — che si dichiari il fallimento di un debitore che ha un passivo inferiore alle L. 5000. Nella prima ipotesi, il notajo rimette la conoscenza dell'affare al tribunale. Il quale, sentito il debitore, o inizia col decreto di convocazione dei creditori la procedura di concordato preventivo o dichiara il fallimento (articolo 43), se dalle pratiche esperite dal notajo risulta che il debitore è immeritevole del beneficio legale. Qui un giudizio precipitato non è temibile, appunto in conseguenza

della procedura precorsa. Se mancassero elementi per un fondato giudizio, è obbligo del tribunale di sospendere ogni deliberazione, aprendo intanto la procedura di concordato. Nella seconda ipotesi, invece, il debitore e ogni creditore hanno diritto di chiedere la revoca del fallimento in contraddittorio del curatore. Ma se la revoca è concessa, devono rimettersi le parti dinanzi ad un notajo per la procedura di esecuzione propria dei piccoli commercianti, ove risulti lo stato d'insolvenza del debitore (art. 45, al. 2°). In altre parole: se il fallimento fu revocato unicamente perchè il passivo è inferiore alle L. 5000, l'eguaglianza di trattamento dei creditori esige l'attivazione del giudizio esecutivo speciale dinanzi al notajo. Se invece il fallimento è stato revocato per altri motivi, il debitore, che non risulta insolvente e non chiede quel giudizio, non può essere costretto a liquidare il proprio patrimonio ».

**155.** Le ottime ragioni che indussero la sotto-Commissione ministeriale per la revisione del Codice di commercio a proporre l'abolizione del fallimento pel commerciante che ha un passivo inferiore a L. 5000 e ad adottare in tali casi un procedimento speciale non bastano a giustificare la soverchia fiducia del legislatore nell'opera del notajo al punto di riconcentrare in lui i gelosi uffici del curatore e del giudice delegato, a sopprimere ogni sorveglianza ed ogni controllo, e ad attribuire all'amministratore anche la qualità di arbitro inappellabile!

Io non vagheggio, come l'egregio prof. A. Sacerdoti (*Temi Veneta,* XX, pag. 121), l'idea di un curatore pubblico ufficiale alle dipendenze del Ministero del commercio, perchè, come giustamente osserva il prof. Bolaffio (*Temi Veneta,* XX, pag. 122) non vi è ragione di introdurre in

Italia, patria feconda della burocrazia, nuovi uffici governativi, nè preferire alla vigilanza interessata e libera da impacci l' azione pedantesca, lenta, uniforme e costosa di una gerarchia ufficiale. Ma neppure convengo coll'egregio amico prof. Bolaffio nel ritenere che i notai diano i maggiori affidamenti di capacità, nè che la scelta, perchè affidata al presidente del tribunale, basti a garantire che l'eletto sarà degno dell' ufficio. Le cognizioni e l'esperienza che i notai acquistano nell'esercizio della loro professione non li rende certo i più adatti all'ufficio, al quale il progetto vorrebbe destinarli, nè la scelta, dovendo essere effettuata entro la ristrettissima cerchia di quei pubblici ufficiali, sebbene affidata al presidente del tribunale, basterà a rimediare ai mali che deriveranno dal fatto di riconcentrare nel notaio delegato i gelosi uffici di amministratore, di sorvegliante e di giudice inappellabile. — La legge austriaca, che l'egregio relatore prof. Bolaffio invocava, offre bensì un esempio non trascurabile, ma affatto contrario all' idea vagheggiata dalla Commissione compilatrice del progetto.

Se la legge austriaca del 17 dicembre 1862, abilitava il tribunale a nominare un notajo quale commissario giudiziario, che presiedeva l'adunanza dei creditori, non affidava però al solo notajo l'amministrazione del patrimonio, la verificazione del passivo e le funzioni di giudice inappellabile. Per il sequestro e l' inventario della sostanza, per la direzione della procedura di componimento e per l'amministrazione della sostanza dell'oberato il tribunale nominava anche una delegazione di tre o di cinque creditori (§ 8).

Ma anche in attribuzioni così limitate e sebbene sorvegliato fu tanto infelice la prova fatta del notajo, che colla successiva legge del 25 dicembre 1868 (art. 1), anche in

Austria si abolì il sistema di chiamare i notai a tali uffici, perchè col § 75 del Regolamento dei concorsi approvato con quella legge, si stabilì che: « Ad amministratore della massa deve nominarsi un uomo di fama illibata, che meriti fiducia ed esperto degli affari. Egli deve di regola avere il suo domicilio nel luogo, dove il Commissario concorsuale ha la sua sede d'ufficio, oppure fissarvi dimora fino alla definizione del concorso. L'amministratore può essere nominato dal numero dei creditori conosciuti oppure anche fuori da questo numero. Egli non deve essere congiunto coll'oberato, nè pel vincolo matrimoniale, nè per cognazione o affinità fino al quarto grado. Dev'essere provveduto d'un decreto di nomina ed obbligato col tocco della mano dal Commissario giudiziale ad adempiere coscienziosamente le mansioni del suo ufficio ». — Al commissario del concorso e non all'amministratore incombe in Austria la indipendente direzione del processo concorsuale e la sorveglianza delle operazioni officiose delle persone incaricate dell'amministrazione della sostanza (§ 70, capov. 2°). « L'amministratore rappresenta il consorzio dei creditori ed amministra la sostanza caduta in concorso. A lui incombe di eruire lo stato attivo e passivo della massa, di provvedere alla realizzazione e assicurazione del primo, e alla concretazione del secondo e di condurre i processi attivi e passivi che riguardano la massa o parti speciali della stessa » (§ 76) ma sempre sotto la sorveglianza, oltre che del commissario giudiziale, anche della delegazione dei creditori.

La sigillazione e l'inventario in Austria sono opera del commissario col solo intervento dell'amministratore (§ 91); questi, quanto alla verificazione dei creditori, non fa che approntare la tabella delle insinuazioni e presentarla al

commissario (§ 113), ma è il commissario che dirige la procedura di liquidazione (§ 115), e che sorveglia che il creditore promuova la lite speciale, secondo le norme della procedura ordinaria, dinanzi al giudice del concorso (§§ 129-132).

Per evitare che il meschino attivo sia assorbito dalle spese e che il soverchio lavoro distragga i giudici dagli affari di maggior importanza, si semplifichi la procedura, si sopprimano anche tutte le sanzioni per la regolare tenuta dei registri, si riduca anche ad un solo il delegato a sorvegliare l'amministratore, ma non si sopprimano tutte le garanzie sol perchè il passivo non ascende a L. 5000. — È troppo pericoloso sottrarre l'amministratore ad ogni controllo, e far di lui anche il giudice inappellabile, spesso in causa propria. Anche in fallimenti di tal genere può darsi ci sia un creditore di tre o quattro mila lire, il quale si troverebbe meno garantito di chi vantasse un credito di poche decine di lire in un fallimento di maggior importanza. Anche in fallimenti, in cui il passivo non eccede le L. 5000, l'interesse pubblico deve essere tutelato e rappresentato dal giudice delegato. Se anche la Commissione non ha pensato di attenuare con ciò la responsabilità dei piccoli commercianti, però, sottraendo la liquidazione del loro patrimonio ad ogni sorveglianza ed all'ingerenza del giudice delegato, viene a privare l'azione pubblica di un potente ausiliare in una procedura che ha grandissime attinenze coll'ordine e coll'interesse pubblico.

---

# TITOLO VI.

## EFFETTI DELLA MORATORIA E DEL CONCORDATO PREVENTIVO

**156**. Gli effetti della moratoria per la legge vigente cominciano soltanto dal momento nel quale il tribunale pronuncia la sentenza che ne concede il beneficio. Il tribunale non avrebbe facoltà di stabilire una decorrenza diversa. Non è possibile l'ammettere, come vedremo, che gli effetti del beneficio comincino prima che sia concesso; ma, d'altra parte, non vi sarebbe ragione di sospendere la legittima efficacia della sentenza fino al giorno della pubblicazione, che della medesima dev'esser fatta colle forme e nei modi indicati dall'art. 912 Cod. comm., essendo le pratiche della pubblicazione rimesse al fatto di terzi. La Corte d'appello di Venezia (sentenza 16 settembre 1886, in causa Filatura di Pordenone contro Rocca), diceva che « per la condizione della parte debitrice, che viene stabilita dalla moratoria relativamente al suo patrimonio, la legge generale vuole che l'effetto incominci invece dalla data della stessa sentenza, che fissa tale condizione come *a minore ad maius*,

e determinato dall'art. 328 Cod. civ., per l'interdizione propriamente detta ».

Nonostante i deplorabili inconvenienti che derivano dall'impossibilità di stabilire una precedente decorrenza degli effetti della moratoria, inconvenienti dei quali ci occuperemo più innanzi, è certo che, secondo il concetto del legislatore, non devono essere confuse le pratiche primordiali colla definitiva concessione della moratoria. Affinchè la domanda di moratoria possa esser presa in considerazione occorrono certe condizioni; ma queste non bastano, ed altre se ne richiedono affinchè la domanda possa esser accolta definitivamente. Il tribunale, anche dopo l'ordinanza del presidente o dopo la sentenza che convoca i creditori, tenendo conto speciale del voto della maggioranza dei creditori, può respingere quella domanda che prima avesse ritenuta degna di essere presa in esame.

Non vale il dire che le sentenze non sieno attributive, ma dichiarative di diritti e che perciò la concessione si retrotragga fino al momento della domanda, e che fino da quel momento sussista il diritto del debitore di ottenere la moratoria; qui non si tratta di domanda che rifletta un diritto già acquisito, ma bensì della concessione di una misura equitativa rimessa all'apprezzamento del giudice; qui non si tratta di diritti che preesistano alla lite e vengano dal giudice riconosciuti e proclamati; qui si tratta di un beneficio che il tribunale, date certe condizioni, può concedere; è quindi necessaria l'attribuzione giudiziale in seguito alla constatazione della realtà dell'evento che consiglia di far luogo alla moratoria; qui si tratta di una vera concessione legale, che può essere revocata anche d'ufficio (art. 826 Cod. comm.), e non di un semplice modo di prova.

Non potendo la concessione della moratoria essere contemporanea alla domanda, la concessione posteriore non sanerebbe la cessazione dei pagamenti che costituisce lo stato di fallimento e che dal debitore sotto comminatoria penale deve essere dichiarata entro tre giorni (art. 683, 686 e 857, n. 3 Cod. comm.). Il debitore soltanto può giudicare, nel momento della domanda, se concorrano o no a suo favore gli estremi per ottenere la moratoria, e, se sospende i pagamenti, sa di far ciò a suo rischio e pericolo; ma egli non può creare da sè la propria incapacità ed il divieto o vincolo pei creditori all'esercizio dei loro diritti; egli sa che la domanda per sè stessa non ha valore, quantunque appaja sufficientemente giustificata; i terzi finchè non hanno notizia della definitiva concessione della moratoria, non sanno che una cosa sola: di godere del pieno esercizio dei loro diritti; da ciò la necessità della convocazione dei creditori prima di concedere definitivamente la moratoria; da ciò la necessità di pubblicare la sentenza che la concede e di non ammettere la retroattività della concessione.

La legge (art. 824 Cod. comm.) dice che non possono intraprendersi o proseguirsi gli atti di esecuzione e le azioni, *durante* la moratoria, cioè mentre questa vige, ossia dalla data della sentenza, *ex nunc*, e non prima che esista.

La commissione compilatrice del Codice vigente diceva: « E affinchè gli atti dei singoli creditori non possano render vani gli effetti del provvedimento adottato nell' interesse generale, nessun atto esecutivo deve potersi intraprendere o proseguire *durante* la moratoria. Questa limitazione del diritto dei terzi non può riferirsi che ai fatti anteriori alla *concessione* della moratoria, perchè, *dopo di essa* il debitore

non può contrarre obbligazione che nei limiti delle disposizioni impartite dalla sentenza circa la sorveglianza dell'amministrazione e della liquidazione e perchè la violazione di esse da parte del debitore deve produrre la rivocazione della moratoria, come sarà indicato più innanzi » (*Verb.*, n. 923).

Il tribunale ha bensì il diritto ed il dovere di dichiarare il fallimento quando riconosca non giustificata la domanda di moratoria e negli altri casi previsti dall'art. 827 del Codice di commercio; ha bensì il diritto di retrodatare il fallimento (art. 704 e 707 Cod. comm.); ma non si può dedurre da ciò che abbia il potere di retrodatare gli effetti della moratoria. Il fallimento è un fatto che consiste nella cessazione dei pagamenti e la sentenza dichiarativa non lo crea, ma lo constata soltanto; perciò dalla sentenza di fallimento non può argomentarsi a quella di moratoria, di natura assolutamente diversa.

Anche la moratoria chiesta prima della dichiarazione di fallimento è regolata dalle disposizioni degli art. 819 e seguenti in quanto siano compatibili e non già dagli art. 704 e 707, che riguardano la dichiarazione del fallimento ed i suoi effetti. Non è il caso di ricorrere all'analogia; e d'altra parte, applicando alla moratoria i detti articoli 704 e 707, che danno facoltà di retrodatare il fallimento a mesi ed anni, si potrebbe rendere illusorio il beneficio della moratoria; facendo che il massimo termine di sei mesi decorra da un'epoca anteriore, si potrebbe anche assorbire in gran parte od in tutto la dilazione.

Finchè non sia emanata la sentenza che accorda la moratoria, non può dirsi che sia stata legalmente concessa la dilazione; ed il divieto ai creditori di procedere ad atti esecutivi e di iniziare o proseguire azioni in giudizio trat-

tandosi di limitazione della libertà d'azione, di conformità ai principii di diritto comune, deve essere interpretato ed applicato con restrizione. Dalla facoltà che ha il tribunale di dare colla prima sentenza, che convoca i creditori, i provvedimenti temporanei che reputa opportuni, e dalla notificazione di detta sentenza al procuratore del re, agli effetti del procedimento penale (art. 827 Cod. comm.), non si può dedurre che quella sentenza equivalga nei suoi effetti alla dichiarazione di fallimento, perchè, nonostante quei provvedimenti, il fallimento può essere evitato quando si conceda la moratoria, che è appunto diretta a questo scopo, e perchè il procedimento penale è indipendente anche dalla stessa procedura del fallimento (art. 696 Cod. comm.). Il tribunale, colla stessa sentenza, che concede definitivamente la moratoria, prescrive i provvedimenti conservativi e le cautele che reputa necessari a garantire l'integrità del patrimonio del debitore; questi provvedimenti evidentemente non possono riflettere che il tempo futuro, dalla sentenza in poi, e giammai il periodo passato dalla domanda alla sentenza. La Commissione incaricata di sopraintendere all'amministrazione ed alla liquidazione è nominata colla sentenza stessa che concede la moratoria; gli effetti di questa non possono quindi cominciare prima che questa commissione sia nominata (Corte d'appello di Venezia, sentenze 1° luglio e 16 settembre 1886, in causa filatura di Pordenone contro Rocca — di Torino, sentenza 24 aprile 1894, in causa Peyrano contro Credito Mobiliare — Cassaz. di Firenze, decisioni 30 dicembre 1886 e 24 marzo 1887, in causa Filatura di Pordenone contro Rocca).

Dal sistema adottato dalla legge vigente è certo che sono sorti e possono sorgere gravissimi inconvenienti, in

ragione dei quali sarebbe stato appunto consigliabile l'ammettere che il tribunale avesse la facoltà di concedere che gli effetti della moratoria cominciassero subito, in via provvisoria, anche durante le pratiche primordiali disposte per conoscere poi se la domanda debba essere accolta in via definitiva; e ciò onde impedire che nel periodo che decorre dalla presentazione della domanda alla concessione definitiva, alcuni creditori possano, a danno degli altri, rendere anticipatamente illusorio il beneficio della moratoria, procurando legalmente a sè stessi condizioni privilegiate. Ed invero la semplice domanda di moratoria offre, di regola, ai creditori la prova di quella insolvibilità, che può dar luogo alla decadenza dal beneficio del termine (art. 1176 Cod. civ.) ed i creditori più avveduti ne approfittano per ottenere, prima della moratoria, sentenza di condanna colla quale possono inscrivere a loro favore delle ipoteche. E ciò in pratica si verifica spessissimo.

La Cassazione di Firenze (sentenza 30 dicembre 1886, in causa Filatura di Pordenone c. Rocca) diceva che il legislatore avrebbe potuto ordinare dei temperamenti provvisori durante la procedura, come li ordinano i Codici del Belgio e dell'Olanda; — ma contemporaneamente riteneva infondati gli inconvenienti lamentati, osservando che il creditore, che ha inscritto l'ipoteca dopo la cessazione dei pagamenti, e in tal condizione è chi domanda la moratoria, non ha interesse a porre inciampi od ostacoli a quella liquidazione volontaria contemplata dall'art. 823, perchè non sistemati i creditori, subentrerebbe il disposto dell'art. 826, cioè la dichiarazione di fallimento, che dovrebbe retrotrarsi per lo meno al giorno della domanda di moratoria e quindi si avrebbe una ipoteca inscritta dopo la cessazione dei pa-

gamenti per un titolo nato ancor esso dopo un tale evento, locchè potrebbe dar luogo all'applicazione dell'art. 709 dello stesso codice e così esser tolto l'inconveniente. — È certo che il creditore, che dopo la domanda di moratoria si è creato un titolo ed ha inscritto ipoteca, avrà tutto l'interesse di non creare ostacoli alla liquidazione, se non altro per evitare la questione della validità della sua ipoteca; ma non perciò rinunzierà alla ipoteca e si varrà della medesima se non altro per pretendere condizioni più vantaggiose; e se spesso queste ipoteche rendono impossibile o per lo meno molto difficili quegli accordi che, nella maggior parte dei casi, costituiscono l'unico mezzo per rimettere il debitore in condizioni normali avverrà altresì molto più spesso, che il debitore, jugulato da questo creditore astuto e più sollecito degli altri, venga con quest'ultimo a patti speciali, appunto per evitare il fallimento.

Il legislatore volle che il termine della moratoria abbia a decorrere dal giorno della domanda piuttostochè dalla data della sentenza che la concede e che il tribunale non possa statuire altrimenti, ritenendo di lasciare impregiudicata, pel caso di dichiarazione di fallimento, la questione della validità ed efficacia degli atti intrapresi nel frattempo contro il principio dell'eguaglianza di trattamento per tutti i creditori, e segnatamente la questione se le ipoteche inscritte nell'intervallo fra la domanda e la sentenza possano essere attributive di nuovi diritti e privilegi; ma non ha considerato che molto spesso i creditori si troveranno nella dura necessità di tollerare che le ipoteche ed i privilegi acquistati da taluno dopo la domanda di moratoria peggiorino le loro condizioni piuttostochè assoggettarsi al danno ancor maggiore che può loro derivare dal fallimento.

**157.** Nell'esposizione dei motivi del progetto preliminare sul concordato preventivo si dice (pag. 50): « Emesso il decreto, l'effetto primo, essenziale, che deve produrre è quello moratorio; di impedire cioè, per regola, ogni atto giudiziale che diminuisca la sostanza del debitore e modifichi la condizione rispettiva dei creditori. Senonchè, deve questo effetto decorrere dalla data del decreto o retrotrarsi al momento della presentazione del ricorso? Il progetto accoglie questo secondo partito (art. 5). Vuolsi impedire che qualche creditore, sollecitamente informato della presentazione del ricorso, sfruttando il ritardo che il tribunale, anche soltanto per esigenze di servizio, può mettere alla emanazione del decreto con fulminea rapidità — di cui si hanno attualmente deplorevoli e ripetuti esempi nella procedura di moratoria — acquisti o tenti di procurarsi diritti di priorità di fronte agli altri creditori; d'onde litigi, inceppamenti d'ogni genere, ostinazione messa a prezzo, quasi ricatto, a danno dei volonterosi di una pronta ed equa soluzione. Se motivi pratici, avvalorati dalla esperienza consigliano pertanto una retrotrazione degli effetti del decreto, il diritto rigoroso può acquietarvisi, mentre esempi congeneri non mancano nelle leggi e più specialmente nella disciplina del fallimento. Dalla data pertanto del ricorso, e fino a che la sentenza di omologazione del concordato è definitivamente esecutiva, nessun creditore per causa o titolo anteriore al ricorso può, sotto pena di nullità, intraprendere o proseguire atti di sequestro o di esecuzione forzata, nè acquistare qualsiasi diritto di prelazione sopra i beni del debitore. Le prescrizioni, perenzioni e decadenze, che sarebbero interrotte dagli atti predetti, rimangono necessariamente sospese (art. 5 al I e II) ».

E più innanzi la stessa relazione: « Si volle colla maggiore precisione fissare il principio ed il termine della sospensione. Il principio — la data della presentazione del ricorso — cosicchè anche gli atti compiuti nello stesso giorno della presentazione sono nulli perchè in opposizione allo scopo della legge. »

**158.** Sono anch'io d'accordo coi compilatori del progetto preliminare sulla necessità di porre un argine a quei deplorevoli inconvenienti che in pratica derivano dal fatto che troppo tardi cominciano gli effetti della moratoria (v. n. 156), ma bisogna ben guardarsi dal ricorrere a rimedi che possono produrre mali maggiori. Attribuendo gli effetti della moratoria alla semplice presentazione del ricorso, si dà al debitore quella facoltà, che la legge vigente non ha ritenuto opportuno di concedere nemmeno al giudice. — Ho già notato (n. 153) che l'ufficio del tribunale, secondo il progetto, si limita a giudicare della *regolarità* del ricorso (art. 3), e cioè a verificare se il debitore abbia indicato nel suo ricorso gli avvenimenti e le ragioni che determinano la sua domanda, ed i patti o condizioni che intende proporre ai creditori e se, insieme al ricorso abbia o no presentato i suoi libri di commercio, lo stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività e l'elenco nominativo di tutti i suoi creditori con la indicazione dei rispettivi crediti e domicilii, e, se si tratta di società, i documenti che comprovano la sua regolare costituzione. La presentazione del ricorso per sè sola porterà effetto moratorio; — se poi il ricorso sarà regolare, per quanto assurdi siano i motivi addotti, per quanto inaccettabili le proposte fatte, l'effetto moratorio durerà fino a che la sentenza di omologazione del concordato sia definitivamente esecutoria (arti-

colo 3 e 5) e cioè per lo meno per qualche mese. Ma è troppo il concedere al debitore la possibilità di procrastinare l'adempimento degli obblighi suoi, mediante l'adempimento di semplici formalità e indipendentemente da ogni giudizio del tribuuale sull'opportunità di concedere la moratoria. Ripetesi: il tribunale non può far altro che verificare la regolarità del ricorso, — ed un ricorso regolare nella forma può essere presentato anche da un bancarottiere fraudolento, anche da chi è indegno di ottenere il concordato proventivo. Al tribunale spetta, valutati i motivi e le offerte del debitore, il giudicare se la domanda meriti o no di essere presa in considerazione, di giudicare se la domanda per la convocazione dei creditori allo scopo del concordato preventivo, debba o no produrre gli effetti di una moratoria provvisoria. — L'assistenza del commissario, specialmente nei primi atti di un'amministrazione assolutamente nuova per lui, e la vigilanza del giudice durante il moratorio nulla tolgono alla gravità del fatto che il debitore senza ricorrere al giudice, e col semplice adempimento di alcune formalità, possa imporre ai suoi creditori una dilazione duratura forse per parecchi mesi; e che può risolversi in un fallimento più disastroso, di quanto sarebbe riuscito, se invece fosse stato dichiarato subito all'atto della presentazione della domanda.

**159.** Qual'è la condizione giuridica del debitore che ha ottenuta la moratoria?

Le incapacità non possono essere che conseguenze di una situazione morale rivelata dai fatti. La legge vigente, come ho notato, non ammette che possa ottenere la moratoria chi ha scandalosamente abusato del credito, ma soltanto quel debitore disgraziato, cui non si possa muovere alcun

rimprovero e che si mostri meritevole di essere liberato dalle decadenze e dalle umiliazioni dello stato di fallimento. Ciò nondimeno la legge vigente crea a questo debitore una situazione poco rispondente a queste condizioni morali. La legge vuole che, sieno date dal tribunale le norme speciali della liquidazione e le autorizzazioni a vendere, a costituire ipoteche o pegni, a prendere danaro a mutuo, a transigere, ad esigere o a far pagamenti od a fare altri atti strettamente necessari allo scopo della liquidazione (art. 823 Cod. di comm). Si dovrebbe dedurre da queste disposizioni che una delle conseguenze giuridiche della moratoria sia l' incapacità quasi assoluta del debitore, anche nei limiti dell'amministrazione ordinaria.

Consultando i lavori preparatori, questo dubbio, anzichè svanire, aumenta, poichè la Commissione legislativa, dopo aver detto che qualora « per supplire agli effetti del momentaneo imbarazzo che vi diè luogo, il debitore debba procedere ad una liquidazione dell'attivo, questa devesi poter operare *in concorso* della commissione dei creditori e sotto la *direzione* del giudice delegato » aggiunge: « ma se per la liquidazione si richiedono norme speciali o se, allo scopo di essa, sia necessario far contratti di vendita, costituire ipoteche o pegni, prendere danaro a mutuo, transigere, esigere o far pagamenti, ecc., *deve* richiedersi una autorizzazione del tribunale » (*Verb.,* 923). Ma, come giustamente osservava il Supino (*Archivio giur.,* XVIII, p. 320), qual'è quella liquidazione, in cui non si debba far vendite, esigere o far pagamenti? Per conseguenza l'intervento del tribunale sarà sempre necessario. La Corte d'appello di Venezia (sentenza 14 aprile 1891, in causa Gregoretti contro Ramò e fallimento Solari) ragionevolmente diceva che il

debitore, che ha ottenuta la moratoria, è colpito da incapacità relativa.

Per quanto lodevole sia l'intendimento del legislatore di impedire che il debitore, abusando della situazione favorevole che gli crea la moratoria, faccia atti pregiudicievoli ai loro diritti, non si deve, nel momento stesso che gli si concede la moratoria all'intento di lasciarlo alla testa dei suoi affari, privarlo per legge di tutti o di quasi tutti i benefici che dalla moratoria può ripromettersi, privandolo della capacità.

È tanto assurdo il sistema adottato dalla legge nostra, che il disposto dell'art. 823 non fu mai in pratica rispettato ed in sì breve spazio di tempo fu già per dissuetudine abrogato tacitamente. — Ancora si potrebbe comprendere un'autorizzazione generale; ma è irragionevole esigere autorizzazioni speciali per ogni singola operazione, persino per ogni esazione! Non si può costringere ragionevolmente un commerciante in dettaglio a farsi autorizzare alla vendita di ogni libbra della sua merce!

L'incapacità però, della quale la legge, contro il fine e lo scopo della moratoria, ha voluto colpire il debitore, è ben diversa da quella del minore e dell'interdetto. Si distingue da questa per lo scopo che il legislatore si è prefisso. Mentre l'incapacità del minore e dell'interdetto è assoluta, quella del debitore per effetto della moratoria, è relativa.

Pel minore e per l'interdetto agisce il tutore; l'inabilitato non può, senza l'assistenza di un curatore, far atto qualsiasi che ecceda la semplice amministrazione (art. 241, 329 e 339 Cod. civ.). Nella moratoria invece l'intervento del tribunale, lungi dall'equivalere ad una specie di consi-

glio giudiziario commerciale, non è in realtà che un'approvazione di cui il debitore ha bisogno durante un breve periodo di tempo, all'effetto di consolidare, nella eventualità del fallimento, certe operazioni commerciali.

Le autorizzazioni non sono prescritte per supplire ad una vera incapacità, ma per salvaguardare gli interessi dei creditori e dei terzi.

Mentre le autorizzazioni di cui parla il Codice civile sono misure di protezione dettate nell'interesse dello stesso incapace, quelle delle quali si accenna nel Codice di commercio, a proposito della moratoria, sono misure di protezione che il legislatore ritenne necessarie nell'interesse dei creditori e contro il debitore, paralizzando in parte l'azione per tema che egli possa fare cattivo uso della libertà che gli è lasciata.

L'incapacità del debitore che ottiene la moratoria è per lo meno molto diversa da quella che colpisce il fallito; perchè questi è spogliato interamente dell'amministrazione dei suoi beni; è quasi completamente incapace; è il curatore che rappresenta la massa, che agisce solo e si sostituisce al debitore in ogni atto di amministrazione. Chi invece ottenne il beneficio della moratoria o domanda il concordato preventivo se per certi atti, per quanto numerosi, ma tassativamente determinati dalla legge, non ha libertà d'azione, ed anzi deve richiedere l'autorizzazione del tribunale, è però in massima capace di esercitare egli stesso tutti i suoi diritti ed azioni relative sia ai suoi beni che alla sua persona.

**160.** La relazione del progetto sul concordato preventivo (pag. 55) così delinea la situazione del debitore che lo richiede: « Il debitore non perde l'amministrazione del suo

patrimonio, come avviene in seguito alla dichiarazione di fallimento. Egli rimane alla testa del suo commercio; veglia ai suoi interessi; effettua le sue vendite ordinarie; fa le sue riscossioni; acquista merci a pronta cassa; continua insomma il regolare e normale esercizio della sua industria e del suo commercio. Così è evitata quella interruzione violenta dell'azienda che sottrae spesso un'attività non indifferente ai creditori. Le richieste, ormai quasi normali, dei curatori anche provvisori *di continuare l'esercizio del commercio del fallito, che non può essere interrotto senza danno dei creditori* (art. 750 Cod. comm.) dimostrano come le esigenze pratiche abbiano convertito in regola una eccezione; ma attestano un abuso che corpi amministrativi e sodalizi, commerciali deplorano, concordi nelle loro risposte al questionario del Ferraris. Il danno irreparabile che giustifica in casi eccezionali la continuazione dell'azienda, non è il danno inevitabile che ordinariamente deriva dalla cessazione di ogni impresa per la giacenza inoperosa delle merci, per la decorrenza dei fitti, pel pagamento privilegiato dei salari, ecc. Il curatore non può gerire l'azienda che nell'interesse e in nome della massa, quasi società anonima coattiva. Ogni creditore è esposto, dalle vicende fortunose di un commercio già oberato, a perdere anche quel modesto contributo che pur esiste al momento della dichiarazione del fallimento. »

« L'esercizio provvisorio ha poi un altro grave inconveniente. Per esso si sostituisce al debitore, pratico del suo commercio o della sua industria, un curatore che vi è del tutto estraneo, non conoscendo la clientela, non l'andamento ordinario delle operazioni; e che, se provvisorio, può, per la temuta precarietà dell'ufficio, negligerne le funzioni. In

realtà, bisognoso com'è del consiglio e dell'aiuto del fallito, lascia a costui di continuare la gestione dell' azienda senza la relativa responsabilità, anche per giustificare l'assegno alimentare che gli si presta e che grava sull'attivo del fallimento. Il progetto sopprime gli abusi di una situazione equivoca ed evita gli inconvenienti che ne sono inseparabili. ».

**161**. Non v'ha dubbio, a mio avviso, che il tribunale tra le norme speciali di liquidazione, possa ammettere anche altra forma di controllo e di vigilanza oltre quella che si esercita, di regola, per mezzo della commissione dei creditori e del giudice delegato; possa, per esempio, porre a lato del debitore un vero e proprio coamministratore, quasi ad integrare l' incapacità di lui nella liquidazione del suo patrimonio. — Tale sembra fosse anche l'avviso della Cassazione di Torino (sentenza 31 dicembre 1886, in causa Piccone contro Cervetto), la quale fece buon viso all'impugnativa della validità di una transazione, promossa e stipulata senza il concorso di colui che era stato delegato ad amministrare insieme al debitore in istato di moratoria.

La Cassazione di Roma, nella sua decisione 28 giugno 1893, ritenne persino che il tribunale possa affidare l'intera amministrazione a persona diversa dal debitore. — Sono però di contrario avviso la Corte d'app. di Venezia (sent. 7 aprile 1892, in causa De Paoli-Da Re), l'avv. Angelo Sraffa (*Giurispr. it.*, 1895, parte I, sez. I, pag. 476) e Tartufari (*La Moratoria*, nn. 298 e 299). — Nemmeno limitandosi alla pura interpretazione della legge vigente io credo si possa giungere fino al punto a cui arriva la Cassazione romana. Anche secondo la legge vigente soltanto l' interdizione ed il fallimento possono privare il cittadino

dell'amministrazione del proprio patrimonio; e la moratoria, che ha per intento di evitare il fallimento, non deve produrre pel debitore effetto peggiore di quello che dal fallimento a lui deriverebbe, in quantochè se il fallimento priva il debitore dell' amministrazione, gli offre almeno il vantaggio di poter col solo voto di una determinata maggioranza definire i suoi rapporti con tutti i suoi creditori.

**162**. Tutte le autorizzazioni che dèvono esser date dal tribunale a sensi dell'articolo 823 Codice di commercio, devono risultare da sentenza; nessun'altra autorizzazione, nemmeno scritta, potrebbe all'uopo bastare; la legge determina la forma della sentenza; perlocchè nemmeno dal personale intervento del giudice, potrebbesi efficacemente dedurre la tacita ed implicita autorizzazione di lui. Ed invero, se la legge richiede l'autorizzazione espressa dal tribunale con sentenza non può bastare nè la tacita nè la espressa autorizzazione del giudice delegato. L'esigenza della legge è forse esagerata, ma è così.

**163**. L'art. 823 Cod. comm., come giustamente osservava la Corte d'appello di Genova (sent. 15 giugno 1889, causa Margotto contro Peraldo), enumera bensì i casi, nei quali dal tribunale, colla sentenza che accorda la moratoria o con altre posteriori, si devono concedere le opportune autorizzazioni a che il debitore procedere possa agli atti in detto articolo enumerati; ma fra questi non si legge quello in cui lo stesso debitore, sia come attore, sia come convenuto possa stare in giudizio. Anche qui la legge manca di logica giuridica; si pretende che il debitore anche per transigere, esigere e pagare debba essere autorizzato con sentenza del tribunale e si riconosce la sua capacità giuridica di stare in giudizio sia come attore che quale convenuto.

Il legislatore, come vedremo, vietando ai creditori, e non al debitore di iniziare o proseguire le azioni in giudizio ha inteso soltanto d'impedire che gli atti dei singoli creditori potessero paralizzare gli effetti del provvedimento adottato nell'interesse generale. Non si può estendere al debitore un'eccezione fatta per creditori, nè limitare la libertà d'azione del debitore più di quanto il legislatore l'ha espressamente limitata. *Exceptio est strictissimae interpretationis.*

La Corte di Venezia (sent. 2 ottobre 1891, in causa Garbin-Hangeur) in luogo di interpretare la legge, a parer mio, dettava nuova norma legislativa, giudicando che il commerciante, che si trovi in istato di moratoria, non possa, senza il concorso della Commissione di sorveglianza, iniziare e proporre un giudizio relativo ad importante questione patrimoniale. La Corte di Genova (sentenza 15 giugno 1889, in causa Margatto Baraldi) riteneva invece che egli è capace di stare in giudizio anche senz'uopo di autorizzazione, e la Corte d'appello di Torino (Decisione 27 giugno 1891, in causa Leonelli contro Sesia e Veglia) riteneva che il debitore che ottenne la moratoria possa anche appellare contro una sentenza pronunziata su azione intentata dal creditore.

**164.** Il debitore, nonostante la moratoria, dovrà dar esecuzione ai contratti bilaterali conclusi prima della concessione della moratoria; dovrà consegnare la merce venduta, e ricevere e pagare quella comperata; perchè l'inadempimento contrattuale porterebbe per effetto la condanna del debitore al risarcimento del danno e darebbe luogo all'applicazione della clausola penale, che eventualmente fosse stata stipulata. Del pari dovrebbe effettuare il versamento

sulle azioni non liberate per non incorrere nelle decadenze che fossero comminate dagli statuti sociali; e, se avesse contratta qualche assicurazione, ne dovrebbe pagare i premi, per evitare la comminata perdita dei suoi diritti verso gli assicuratori.

A maggior ragione dovrebbe il debitore, non ostante la moratoria, pagare puntualmente i fitti, che si maturassero dopo la concessione della moratoria, sebbene anteriore fosse il contratto di locazione, perchè l'obbligazione di pagare i fitti, oltrecchè dar luogo al privilegio, che è sottratto, come vedremo, agli effetti della moratoria, non nasce che in ragione del godimento; perlochè si potrebbe seriamente sostenere che il debito dei fitti è posteriore alla concessione della moratoria, perchè col fitto si paga un godimento successivo alla concessione della moratoria.

**165.** Il progetto preliminare sul concordato preventivo classificava in tre categorie gli atti del debitore durante la procedura del concordato:

*a)* atti ordinari dell'azienda e atti ordinari di amministrazione del patrimonio privato, che il debitore può compiere con l'assistenza del commissario giudiziale e sotto vigilanza del giudice delegato (art. 6, alin. 1°);

*b)* atti interdetti al debitore in via assoluta sotto pena di nullità rispetto ai creditori; e cioè gli atti di donazione, di obbligazione a titolo gratuito e di fideiussione in qualsiasi forma prestata (art. 6, alin. 2°);

*c)* atti che il debitore può compiere soltanto con speciale autorizzazione del giudice delegato da darsi nei soli casi di necessità od utilità evidente e che altrimenti sono inefficaci pei creditori. L'art. 6, alin. ultimo, li enumerava tassativamente, e cioè stabiliva che il debitore non può

contrarre nuovi debiti, transigere, compromettere, alienare od ipotecare beni immobili, nè costituire pegni.

Nell'esposizione dei motivi la sotto-Commissione compilatrice del progetto osservava (pag. 60): « Gli atti della seconda categoria sempre, quelli della terza soltanto se compiuti senza l'autorizzazione del giudice delegato, sono inefficaci pei creditori. E questo, non perchè il debitore soggiaccia a qualsiasi incapacità personale o perda l'amministrazione del suo patrimonio; egli rimane anche dopo l'apertura del giudizio di concordato il solo soggetto di tutti i suoi rapporti giuridici patrimoniali. La limitazione della sua capacità di agire e disporre è un provvedimento processuale di sicurezza; gli effetti di un atto, valido fra i contraenti, si eliminano di fronte ai creditori allo scopo di mantenere le inalterabilità del patrimonio durante il giudizio. Conseguentemente i creditori non sono obbligati a far valere una inefficacia sancita a loro favore, così come il terzo non è autorizzato ad impugnare l'atto che per sua essenza e nei suoi riguardi è valido (Schultze, *Das deutsche Koncursrecht*, pag. 25 e segg.). »

« Sostenere — soggiungeva la relazione — come pure si è fatto nel Belgio, che l'autorizzazione del giudice è diretta semplicemente ad impedire atti fraudolenti a pregiudizio dei creditori e, peggio ancora, che la validità degli atti conchiusi con quell'autorizzazione è subordinata alla condizione che il concordato sia omologato, cadendo diversamente sotto le disposizioni degli atti nulli e annullabili della legge sul fallimento equivale ad alterare il concetto dell'assistenza legale preordinata appunto per la tranquillità dei terzi contraenti; è contrariare lo scopo della procedura, la quale, consentendo al debitore di con-

tinuare il suo commercio, intende dare un completo affidamento della validità delle operazioni conchiuse a chi, durante quella procedura, contrae lealmente con lui rispettando le formalità legali. La distinzione, che fa il progetto, tra gli atti della seconda categoria — che il debitore non può compiere in modo assoluto, e che sarebbero gli atti nulli di pieno diritto della procedura di fallimento (art. 707 Cod. comm.) — e gli atti della terza categoria — che il debitore può compiere con l'autorizzazione del giudice delegato, e che sarebbero gli atti annullabili in caso di fallimento (art. 709 Cod. comm.) — chiarisce nettamente lo scopo di quella autorizzazione. Essa elimina, cioè a favore del terzo contraente la presunzione di frode — la frode speciale del giudizio di fallimento, non l'ordinaria (art. 708 Cod. comm.) — che altrimenti sarebbe connessa a quegli atti, e li rende per questo riguardo efficaci di fronte ai creditori e per conseguenza inoppugnabili anche nella ipotesi che il concordato non si omologhi e si dichiari il fallimento. »

La Commissione generale però riduceva a due sole le categorie degli atti del debitore durante la procedura, osservando che l'atto, valido fra i contraenti, è inefficace rispetto ai creditori, o in modo assoluto, se l'atto è tra quelli vietati al debitore durante il giudizio di concordato preventivo; o in modo relativo, se invece è tra quelli che esso non può compiere senza l'autorizzazione del giudice delegato da darsi nei soli casi di necessità od utilità evidenti. La stessa Commissione osservava altresì che appunto perchè l'autorizzazione non può darsi che in questi soli casi, è superflua e ambigua l'aggiunta di *speciale;* mentre anche un'autorizzazione generica per determinati atti — ad esem-

pio per contrarre nuovi debiti *necessari* al regolare andamento dell'azienda — soddisfarebbe alle esigenze della legge; e che i requisiti della *necessità* o della *utilità evidente,* richiesti perchè il giudice possa concedere l'autorizzazione, sono desunti dal Codice civile (art. 224, 1405, ecc.) e riprodotti, perchè, sebbene da qualche scrittore censurati, hanno ottenuta ormai una interpretazione dottrinale e giurisprudenziale autorevole, sufficiente ad eliminare le difficoltà di stabilirne la rispettiva ricorrenza nei singoli casi. Perciò il progetto definitivo dice (art. 6) che: « sono inefficaci rispetto ai creditori gli atti di donazione, di obbligazione a titolo gratuito e di fideiussione compiti dal debitore », e che: « sono parimenti inefficaci rispetto ai creditori gli atti coi quali il debitore contrae nuovi debiti, transige, compromette, aliena od ipoteca beni immobili, costituisce pegni, senza autorizzazione del giudice delegato da darsi nei soli casi di necessità od utilità evidenti. »

**166.** Concessa la moratoria, essa diventa obbligatoria per tutti i creditori chirografari, portati o non portati nel bilancio o nell'elenco dei creditori esibito dal fallito, in qualunque momento sia riconosciuta la reale loro esistenza. Appunto, a tale effetto, la legge vuole che la relativa sentenza venga resa pubblica a mezzo delle affissioni e delle inserzioni nei giornali (art. 912 Cod. comm. — Cassaz. di Torino, 11 ottobre 1887, in causa Russo contro Cerigno-Zegna).

La moratoria, concessa in ragione della sventura e della buona fede del debitore, del voto favorevole della maggioranza degl'interessati e delle garanzie stabilite dalla legge e dall'autorità giudiziaria, che la concede, finchè non vien revocata deve considerarsi come una convenzione giudiziaria

conclusa nell'interesse di tutti e che la legge impone a tutti. L'esistenza di debiti non dichiarati dal debitore, se in dati casi conferisce al tribunale facoltà di revocare la moratoria nell'interesse di tutti, non può essere mai motivo sufficiente per sottrarre agli effetti della medesima il creditore, il cui credito non sia stato denunciato; altrimenti si verrebbe a danneggiare gli altri creditori, per effetto di un'omissione del debitore, con indebito vantaggio del creditore ommesso. Nè varrebbe l'obbietto che i creditori ommessi nell'elenco del debitore non possono essere personalmente avvisati della convocazione otto giorni prima (art. 906 Cod. comm.); perchè basta a tale effetto la pubblicazione a forma di legge della sentenza di moratoria (Cassaz. di Firenze, 12 maggio 1892, in causa Gregoretti-Rebora).

**167.** La moratoria non produce però i suoi effetti che relativamente ai crediti anteriori alla concessione della medesima.

Il legislatore ha manifestato chiaramente il suo intendimento dicendo nell'art. 824 Cod. comm., che nessuna esecuzione od azione possa iniziarsi o proseguirsi se non dipenda da fatti *posteriori* alla concessione della moratoria. La moratoria è però efficace, anche di fronte ai creditori a termine ed ai creditori condizionali, quando il termine o la condizione venga a scadere od a verificarsi dopo la concessione della moratoria. La retroattività della condizione fa sì che il credito abbia un'esistenza anteriore al verificarsi della medesima. Poco importa che il creditore condizionale sia stato privato del voto; identica è la sorte di quei creditori ipotecari o privilegiati, che per la insufficienza dell'ipoteca o del privilegio diventino pel resto creditori chirografari.

**168.** La sotto-Commissione compilatrice del progetto sul concordato preventivo nella sua relazione (pag. 52) diceva: « I patti del concordato omologato vincoleranno i creditori, che, nolenti o volenti devono sottostarvi, non i creditori successivi, non i creditori con ipoteca, pegno od altro privilegio, pei quali rivivranno i termini convenzionali precedenti. La esigibilità legale dei loro crediti, conseguente al decreto che convoca i creditori, non si sostituisce, ultimata la procedura con la omologazione del concordato, alla esigibilità convenzionale. »

**169.** La legge, dichiarando esplicitamente che la moratoria non possa produrre effetto a danno dei creditori posteriori alla concessione, non ha però inteso di concedere a quest'ultimi alcun privilegio. Nè v'era alcuna ragione di concederlo. Si osserva che si renderebbe illusorio il beneficio della moratoria se non si concedesse questo privilegio a coloro che hanno merci o valori necessari alla continuazione del commercio o dell'industria; che costoro altrimenti pretenderanno il pagamento pronto a contanti, e che questo privilegio, in fin de' conti, non cagionerebbe danno alcuno agli altri creditori, perchè questi troverebbero nel patrimonio il controvalore del privilegio. Ma non si riflette che una miriade di circostanze può distruggere questo controvalore, e che non v'ha nessuna ragione per favorire, a danno dei vecchi creditori, i nuovi che non hanno fidato alla cosa, ma alla persona.

L'esperienza dimostra che ai negozianti in moratoria non mancarono i soccorsi dei terzi e degli stessi creditori, quando di questi soccorsi abbiano essi avuto bisogno per continuare quei commerci e quelle industrie, col provento delle quali i creditori ritengono di poter essere pagati. Se l'industria

è buona i creditori non domanderanno di meglio che di continuare nei rapporti di affari, anche fidandogli; ma di questo fido spesso il debitore in moratoria non ha bisogno perchè non costretto a pagare i debiti precedenti potrà agevolmente provvedere ai nuovi acquisti ed alle nuove spese cogli incassi che altrimenti avrebbe dovuto destinare al pagamento delle precedenti obbligazioni.

Ma, dato che per la continuazione del commercio o dell'industria ci sia bisogno di ricorrere al credito, ed il debitore non ispiri fiducia personale sufficiente, si dovrà ricorrere alla fideiussione od alla garanzia reale, ma non mai al privilegio, perchè fidando alla persona, non si può dire che *salvam faciunt totius pignoris causam*, sì da giustificare un diritto di prelazione. È una esagerazione il dire che tutto l'attivo sarà assorbito quando per transitorie necessità dell'amministrazione si dovesse ricorrere a pegno o ad altre garanzie reali.

**170.** La moratoria non profitta ai coobbligati del debitore, nè ai suoi fideiussori commerciali, perchè solidalmente obbligati con lui, nè, per la stessa ragione, ai fideiussori che abbiano rinunziato al benefizio della escussione. La moratoria è un beneficio puramente personale; le ragioni, che determinano il tribunale a concederlo, possono esistere pel debitore e non esistere pel coobbligato o pel fideiussore.

**171.** Revocata la moratoria per insufficienza di attivo cesseranno gli effetti delle garanzie fornite per provare od assicurare la eccedenza dell'attivo sul passivo? A questa domanda il Vidari (*Corso dir. comm.*, 2ª ediz., n. 4912) dà risposta affermativa, perchè, egli dice, sarebbe ingiusto che il garante fosse tenuto per una condizione giuridica di cose

affatto opposta a quella per la quale egli si obbligò. Cessata la causa ed il movente della obbligazione, anche questa deve cessare!

La contraria opinione dell'avv. Vita-Levi (*La Moratoria*, § 55) e del Tartufari (*La Moratoria*, nn. 263 e 265) mi sembra indubbiamente preferibile. Come si può affermare che, revocata la moratoria, cessi la causa ed il movente dell'obbligazione? Se, appunto unicamente in vista di tale eventualità, si sono prestate quelle garanzie? A quale altro scopo possono quelle garanzie essere state richieste dalla legge (art. 819 Cod. comm.) se non per premunirsi contro l'eventualità, che dopo sei o più mesi di dilazione, l'attivo non basti a pagare tutti i debiti, e per evitare che il fallimento sia ritardato con danno dei creditori? (vedi n. 52).

È solo per garantire che l'attivo superi il passivo che quelle cauzioni furono prestate, e solo quando si avveri il caso opposto la garanzia diventa utile, sebbene possa produrre la dichiarazione di fallimento. — Liberando i garanti proprio nel momento in cui la garanzia diventa utile ed effettiva si distruggerebbe l'obbiettivo della legge, e ciò che gli stessi garanti hanno liberamente stipulato. Il fallimento, ben lungi dal liberare i fideiussori, viene anzi a constatare che il debitore principale non può pagare (articolo 792 Cod. comm.).

**172.** La legge sulle moratorie, come quella sui fallimenti, siccome regola uno stato di cose puramente transitorio, non potrebbe essere considerata come uno statuto personale. Da ciò deriva, come logica conseguenza, che la moratoria ottenuta in uno Stato, non possa essere opposta al creditore relativamente ai beni che il debitore possiede

in altro Stato. La legge che instituisce e regola la moratoria è una legge reale, che non può avere efficacia obbligatoria al di là dei confini; non può impedire l'esecuzione di un giudicato ottenuto all'estero su beni situati all'estero. Il debitore, per giungere a questo risultato, dovrebbe: o provvedere in base ai trattati ed alle leggi estere a rendere esecutoria anche all'estero la sentenza di moratoria da lui ottenuta, o procurarsi la concessione della moratoria anche in quello Stato ove sono situati i beni del suo debitore.

Con questi mezzi soltanto si possono evitare gli inconvenienti lamentati dal Renouard. Questi dice che, se il creditore potesse procedere ad esecuzioni sui beni ch'egli possiede all'estero, si getterebbe, con pregiudizio della massa dei creditori, il perturbamento il più profondo negli affari comuni.

È vero, ma non si risolvono le questioni adducendo gli inconvenienti.

Del resto lo stesso Renouard (op. cit., ediz. belge, 1861, pag. 301, n. 471) ammette, conforme alla prevalente dottrina (Lyon Caen e Renault, *Précis de droit comm.*, t. II, n. 3140 e 3144; Thaller, *Des faillites en droit comparé,* t. II, n. 225 e 226; Fœlix et Demangeat, *Traité de droit intern. privé,* 1866, t. II, n. 206; Dalloz, *Repert.*, 1891, II, 225), che la legge sui fallimenti non costituisca uno statuto personale. Ed invero il fallito non è incapace; di incapacità non può parlarsi che relativamente ai soli beni presenti devoluti alla massa; la giurisprudenza e la dottrina sono concordi nel ritenere ch'egli può anche esercitare il commercio.

Giustamente osserva il Thaller (op. cit., t. II, pag. 333

in fine) che il giudizio di fallimento è un giudizio di esecuzione che non pronuncia nè condanna, ma ordina il sequestro dei beni in favore dei creditori, e che riflette non la persona, ma i beni. — È naturale e ragionevole il desiderio che il fallimento debba esser unico e produrre universalmente i suoi effetti dovunque, nello Stato ed all'estero; ma questo intento non può esser raggiunto che coi trattati o con una legislazione universale. La moratoria, a tale effetto, deve essere assimilata al fallimento; anzi la moratoria, a maggior ragione del fallimento, non può produrre gli effetti di uno statuto personale, poichè l'incapacità relativa, da cui è colpito, non riflette che soltanto certi atti relativi ai beni, al solo intento di impedire la distrazione delle attività destinate a garantire l'adempimento delle sue obbligazioni; la legge aggiunge garanzie nell'interesse dei creditori per evitare gli atti che potrebbero pregiudicarli, quasi in corrispettivo del divieto fatto ai creditori di procedere ad atti esecutivi. L'intervento del giudice delegato, della commissione dei creditori e del tribunale non ha, come quello del tutore, del curatore o del consiglio di famiglia, lo scopo di supplire ad una vera e propria incapacità, ma soltanto quello di impedire atti annullabili nell' eventualità della dichiarazione del fallimento. — La legge, organizzando la moratoria, crea una nuova condizione di cose, retta da principii speciali, che non riflette che rapporti puramente patrimoniali e che non potrebbe quindi aver effetti che nei limiti della sovranità italiana. Per gli stessi motivi al creditore italiano non si potrebbe opporre, in Italia, la moratoria *(stillstand o sursis de payement)* od il concordato preventivo, o la liquidazione giudiziaria o qualunque altra convenzione liberatoria analoga sui beni che il debi-

tore straniero possedesse entro i confini del Regno, qualora la sentenza straniera non fosse stata resa esecutoria in Italia (art. 942 e segg. Cod. proc. civ.).

**173.** La moratoria non può produrre alcun effetto sugli interessi dei crediti, sieno questi garantiti o no con pegno, ipoteca od altro privilegio, sieno commerciali (art. 41 Cod. comm.), sieno civili (art. 1231 e 1232 Cod. civ.).

**174.** Di conformità a quanto statuisce il Codice di commercio per la sentenza dichiarativa del fallimento (articolo 700, alin. 1°, e 701 Cod. comm.), il progetto preliminare sul concordato preventivo attribuiva al decreto di convocazione dei creditori l'effetto di produrre la scadenza dei debiti pecuniari a carico del debitore e di sospendere, rispetto agli altri creditori, il corso degli interessi dei crediti non garantiti con pegno, ipoteca od altro privilegio (art. 5, alin. 3°).

« I motivi stessi che giustificano i due provvedimenti nel giudizio di fallimento — diceva la Relazione della sotto-Commissione — valgono inalterati per la procedura di concordato preventivo. Solo si specificò che deve trattarsi di debiti pecuniari; perchè, mantenendosi l'esercizio commerciale, le prestazioni diverse del denaro (consegna di merci, esecuzione di un'opera, prestazione di servizi, ecc.) devono eseguirsi nel termine pattuito; altrimenti il loro inadempimento si risolverebbe in un indennizzo e quindi in un accrescimento delle passività. Riguardo alla sospensiva degli interessi, non parve alla commissione opportuno distinguere i crediti non scaduti produttivi di interesse da quelli che non li producono, all'effetto di sottoporre questi ultimi — secondo i calcoli più o meno ingegnosi (art. 768 Cod. comm.) — ad uno sconto dal giorno dell'apertura del

giudizio a quello della loro effettiva scadenza. Questo computo non pareggia i creditori, non riducendo i crediti fruttanti un interesse inferiore al legale; ed è misura ingiusta, dacchè a nessuna riduzione soggiacciono i crediti commerciali più comuni, i cambiari, nei quali l'interesse si paga anticipatamente od è compreso nella somma capitale del debito, non suscettiva perciò di essere decomposta di fronte al terzo possessore del titolo o al cessionario del credito. L'ideale difficilmente conseguibile di una perfetta eguaglianza di trattamento dei creditori ha fatto sacrificare in questo caso chi, niente avendo chiesto per l'uso del proprio denaro, non ha cooperato alla rovina del debitore e tuttavia sottostà alla riduzione del proprio credito non ancora scaduto!... »

« Il vero scopo della sospensione degli interessi è d'agevolare il compito della liquidazione, semplificando il calcolo e la determinazione dei singoli crediti concorrenti; e si ottiene nel modo più semplice, non occupandosi degli interessi in qualsiasi modo anticipati, o inferiori al tasso legale, o che per convenzione non decorrono. Qui pertanto basterà notare che il concordato omologato scioglie ogni rapporto creditorio di capitale e d'interessi anche verso il debitore. È il credito nella sua unicità di capitale e d'interessi, principale ed accessorio, che deve considerarsi legalmente estinto con l'esecuzione del concordato, se questo nulla ha stabilito in contrario » (*Relaz. della sotto-Commissione,* pag. 53 e 54).

**175.** Il progetto preliminare si limitava a dichiarare che il decreto di convocazione rende *esigibili* i debiti pecuniari e sospende soltanto rispetto agli altri creditori il corso degli interessi dei crediti non garantiti. Però dai motivi suesposti

chiaro risultava l'intendimento, di riprodurre quanto statuiscono in proposito gli articoli 700 e 701 del Codice di commercio.

Questi articoli, meglio del progetto preliminare statuiscono che i debiti *s'intendono scaduti* e non già che diventino *esigibili.* È giusto che s'intendano *scaduti*, perchè se il debitore, chiede la moratoria od il concordato preventivo non può più pretendere il beneficio del termine che il creditore gli ha concesso solo nella fiducia che il debitore avrebbe pagato tutto e a tempo debito (art. 1176 Cod. civ.); ma *esigibili?* I creditori l'avrebbero ritenuta un'ironia, perchè per essi la domanda di concordato preventivo sarà la prova più evidente che i loro crediti son diventati *inesigibili.* D'accordo colla sotto-Commissione, che sia necessario pareggiare i creditori, se non altro pel computo delle maggioranze di somma e per agevolare la liquidazione, io non ritengo che questo ideale sia tanto difficilmente conseguibile. Si prenda pure per punto fisso della liquidazione il giorno della presentazione del ricorso. Per far sì che il credito tanto cambiario che non cambiario, diventi in quel giorno un diritto certo nella sua misura, il sistema il più facile da adottarsi, senza ricorrere a calcoli ingegnosi, mi sembrerebbe quello di aggiungere al credito, se questo è già scaduto prima della domanda di concordato, o di dedurre dal medesimo, se il credito avesse una scadenza successiva alla detta domanda, l'interesse convenzionale o legale pel tempo che decorre tra la scadenza del debito e la data della domanda di concordato. Scaduti i debiti per effetto della domanda di concordato, con questo calcolo semplicissimo sarebbe raggiunta la più perfetta eguaglianza fra tutti i creditori: *Solidum non solvitur minus quantitate quam die;* anticipando la scadenza si altera la

condizione giuridica dei creditori. Se si devono privare degli interessi successivi alla domanda stessa quei creditori, i cui crediti fossero da lunga pezza già scaduti prima che il debitore si decidesse a chiedere il concordato, non è giusto coll'anticipare la scadenza, recar vantaggio a quei creditori che avrebbero dovuto lungamente attendere il termine convenzionale, qualora la domanda di concordato non fosse stata presentata.

Il progetto definitivo non dichiara che il decreto rende *esigibili* i crediti pecuniari, ma soltanto che i debiti pecuniari si considerano *scaduti* (art. 5). La Commissione generale osservava che pei debiti che godono una garanzia reale, la scadenza legale si sostituisce alla convenzionale unicamente per esigenze di procedura, per pareggiare cioè i creditori nella tutela e nell'esercizio dei rispettivi diritti, e che col cessare del giudizio di concordato rivivono, pei creditori che hanno diritti di priorità, i termini convenzionali.

**176.** La moratoria ottenuta dal giratario di titoli cambiari quali effetti produrrà di fronte al possessore dei titoli stessi scadenti dopo la concessione della moratoria? In altri termini: l'obbligazione assunta dal giratario dovrà ritenersi dipendente dal fatto della girata anteriore alla concessione della moratoria o dal difetto di pagamento da parte dell'obbligato principale, fatto posteriore alla concessione della moratoria?

La questione è grave; perchè, se l'obbligazione dipendesse dal fatto posteriore, ossia dal difetto di pagamento alla scadenza da parte dell'obbligato principale, il portatore perderebbe la sua azione di regresso qualora non la esercitasse nel breve termine legale contro il debitore che ha

ottenuto la moratoria; mentre nell'altra ipotesi, conserverebbe impregiudicata la sua azione di regresso, invocando il disposto dell'art. 824 Codice di commercio, pel principio che *contra non valentem agere non currit praescriptio* (vedi n. 167).

All'opinione del prof. Vivante (*Elementi di diritto comm.*, pag. 210), il quale, seguendo gli insegnamenti degli autori tedeschi, attribuisce all'azione di regresso il carattere di un'azione di risarcimento, io ritengo preferibile quella del prof. Vidari (*La Legge,* 1893), il quale ritiene che la girata costituisca un'obbligazione condizionale. — Ed invero l'obbligazione del girante dipende dall'avvenimento futuro ed incerto che il debitore principale non paghi alla scadenza (art. 1157) e che il difetto di pagamento sia constatato nel modo voluto dalla legge (art. 256, 296 e 318 Cod. comm.).

La teoria del Vivante, come osservava la *Temi Veneta* (in nota alla sentenza 9 marzo 1893 della Cassazione di Firenze), è del tutto artificiale. Non vale l'invocare in contrario, quanto dispone l'articolo 327 del Codice di comm., che cioè la cambiale con firme di persone incapaci e con firme false e firme vere è valida rispetto alle persone che la sottoscrissero, e dir quindi che, in tal caso, l'obbligazione del girante non sia sottoposta alla condizione che il debitore principale paghi alla scadenza, perchè questi, se è incapace, o se la sua firma è falsa, non è obbligato a pagare, concludendo da ciò che quell'obbligazione sia indipendente dall'obbligazione principale. — No, anche in tal caso, l'obbligazione è condizionale, perchè in un contratto formale qual'è la cambiale la condizione è costituita dal fatto futuro ed incerto che chi apparisce debitore principale non paghi,

qualunque sia la causa pella quale venga a mancare il pagamento.

Al possessore della cambiale è indifferente il motivo pel quale a lui venga a mancare il pagamento da parte del debitore principale. L'obbligazione però, sebbene allegata a condizione, è fatto contrattuale precedente la concessione della moratoria. La garanzia del girante è necessariamente contemporanea all' obbligazione principale che è l' oggetto della garanzia stessa; colla constatazione legale del difetto di pagamento, fatto posteriore alla concessione della moratoria, si verifica la condizione che opera per così dire sul passato e fa considerare come sorti fin dal momento del contratto tutti i diritti e tutti gli obblighi che si radicano nel creditore e nel debitore. *Quum enim semel conditio extitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset* (L. II, § 1 ff. *Qui potior in pignore*). Quando il debitore chiese ed ottenne la moratoria conosceva l'esistenza di quel fatto, sapeva che dalla girata da lui apposta potea sorgere un'azione contro di lui; ed invocava la moratoria come mezzo per ripararsi anche da quell'azione eventuale; nel concetto della legge il fatto, da cui dipende l' azione, non è il mancato pagamento, ma il fatto d'aver apposta la girata sulla cambiale. Altrimenti un banchiere, le cui passività fossero totalmente od in massima parte costituite da girate, nemmeno in seguito a molteplici fallimenti degli obbligati principali, e dei giranti precedenti potrebbe trar profitto dalla moratoria che non gli verrebbe certo negata in ragione di tali avvenimenti straordinari impreveduti e quindi scusabili. Lo stato di moratoria è dunque ostacolo all'esercizio dell'azione di regresso dipendente da cambiale scaduta e protestata

durante la moratoria, e quindi i termini per l'esercizio dell'azione stessa stabiliti dall' art. 320 Cod. comm. cominceranno a decorrere soltanto dalla scadenza della moratoria e non dalla data del protesto. Così ritennero la Cassazione di Torino (sentenza 6 luglio 1886, in causa Banca di Torino c. Biella), che giudicò decaduto il possessore della cambiale dall' azione di regresso esercitata soltanto cinque mesi dacchè la moratoria era scaduta e la Corte d'appello di Lucca (sentenza 25 novembre 1892, in causa Maurogordato c. Banca di Udine), la quale giudicò che il fatto dal quale sorge l' azione di regresso non è già il fatto nuovo del protesto della cambiale per difetto di pagamento alla scadenza, ma la girata stessa anteriore alla concessione della moratoria.

E questa decisione ottenne il plauso della Cassazione di Firenze (sent. 9 marzo 1893), la quale giustamente osservava: « vero è che l'obbligazione del girante nei titoli cambiari ha effetto soltanto per mancato pagamento da parte del debitore principale e che soltanto in sequela di questo evento il giratario ha facoltà d'agire in regresso contro gli altri obbligati; ma non è meno vero, come ha rilevato altre volte anche questa Corte, che l'obbligazione del girante incomincia fino dal momento in cui sottoscrive la girata, principiando così fino da quel momento il correlativo diritto del giratario; e poichè nè per la legge civile nè per quella commerciale può esservi diritto privato che non sia garantito da azione, è pure dal fatto della girata che necessariamente dipende l'azione del giratario acciò il girante soddisfi il suo debito. Perlocchè disponendo l'art. 824 sopracitato che durante la moratoria nessuna azione può iniziarsi o proseguirsi verso il debitore se non dipenda da fatti posteriori alla sua con-

cessione, anche l'azione del giratario per le girate anteriori alla moratoria è necessariamente per tutto quel tempo sospesa. A torto oppone il ricorso che scadendo l'effetto durante la moratoria debba quest' azione comprendersi invece fra quelle dipendenti da fatto posteriore alla sua concessione, sul fondamento che l'obbligazione del girante e il diritto del giratario non possono attuarsi e non possono anzi sussistere se non dopo il protesto del titolo e la notificazione legale che ne sia fatta al girante; il protesto non serve che a stabilire la *prova* del mancato pagamento (art. 296), a preservare l'azione cambiaria (art. 307); ed il difetto della sua notificazione non ha altra conseguenza che quella di esporre al risarcimento del danno (art. 317). »

**177.** Quale sarà l'effetto che la moratoria ottenuta per i suoi debiti particolari da uno dei soci in nome collettivo produrrà sul contratto sociale?

La dottrina e la legge (art. 191 Cod. comm.) insegnano che la societa si scioglie per il fallimento di uno dei soci, se non vi è convenzione contraria. — Certo si è però che la moratoria non potrà produrre cotesto effetto; perchè è ben diversa da quella del fallito la condizione di colui che ottenne la moratoria; egli non incorre perciò in alcuna decadenza; nella generalità dei casi egli rimane alla testa dei suoi affari, e se non riesce a pagar tutto e tutti, per lo meno, quando non fallisse, ottiene dilazioni o remissioni. Uscito dallo stato di moratoria, senza cadere in fallimento, egli avrà tutto l' interesse ed anche il diritto a rimanere nella società, qualora sia in condizione di adempiere tutte le sue obbligazioni sociali o direttamente o coll' intervento di fideiussore che garantisca ogni suo debito verso la società.

Una dissoluzione sociale di pien diritto non sarebbe giustificata perchè è principio, in materia di contratti, che soltanto l'inadempimento delle obbligazioni imposte all'uno o all'altro dei soci e non la semplice possibilità di inadempimento dia luogo alla risoluzione. In tesi generale io credo che la domanda di moratoria da parte del socio non autorizzi gli altri soci a prevalersi di una risoluzione di pien diritto del contratto che li lega; essi non potranno ottenere lo scioglimento della società se non quando il socio manchi alle sue obbligazioni o si trovi nella manifesta impossibilità di adempiervi.

La moratoria, se ha per iscopo di evitare il fallimento, non può essere assimilata al fallimento agli effetti degli articoli 1729 n. 4 e 1757 Cod. civ., e 191 Cod. comm.

**178.** La moratoria ottenuta dalla società produce i suoi effetti anche a favore dei soci in nome collettivo e degli accomandanti, nel senso che i creditori della società, durante la moratoria, non possono pretendere, a sensi degli articoli 106 e 114 Codice di comm., il pagamento dei loro crediti dai singoli soci, nè dagli accomandanti il versamento delle quote promesse e non pagate. Se è vero che i soci in nome collettivo, con tutte le loro sostanze, rispondono anche dei debiti sociali, questa loro obbligazione è però assimilabile alla fideiussione quasi con beneficio di escussione, perchè i creditori sociali nulla possono pretendere dai singoli soci prima d'aver esercitata l'azione contro la società (art. 106 Cod. di comm.).

La moratoria della società non prova che il patrimonio sociale non basti al completo adempimento delle obbligazioni sociali, mentre anzi la moratoria sospende l'esercizio di ogni azione contro la società. Se i creditori per effetto

della moratoria sono obbligati ad attendere, o se pel concordato preventivo sono obbligati ad accontentarsi di un dividendo a saldo di ogni loro credito, essi non potranno, senza un'esplicita disposizione di legge, pretendere dagli accomandanti il versamento non ancora effettuato delle rispettive loro quote.

**179**. La sotto-Commissione compilatrice del progetto sul concordato preventivo nella sua relazione (pag. 46) su questo tema osservava, che il progetto, consentendo alle società regolari di ottenere il concordato preventivo, eliminava, sia pure indirettamente, una stridente contraddizione del Codice di commercio in vigore. « Giacchè, dice la relazione, mentre esso sancisce che le società commerciali si sciolgono, fra altro, per il fallimento della società, *ancorchè seguito da concordato* (art. 189, n. 4), ammette poi (art. 853) che nel fallimento di una società anonima, la quale non si trovi in istato di liquidazione, il concordato possa aver per oggetto *la continuazione o la cessione dell'impresa sociale.* L'erroneo concetto del fallimento-dissoluzione, accolto quale principio, non si concilia con questa eventuale definizione del fallimento (Thaller, *Des faillites en droit comparé,* Paris, Rousseau, ed. 1887, pag. 326-327). La consente invece il concordato preventivo, per cui saranno favorite le grandi imprese esercitate con la forma dell'anonima, le quali potranno evitare interruzioni violenti della loro industria, dannose all'interesse sociale. È appunto per impedire la sospensione di pubblici servizi, che il codice di commercio spagnuolo ha sancito disposizioni particolari per le società esercenti ferrovie ed altre opere pubbliche che si trovino in istato di sospensione dei pagamenti (art. 931-941). Scopo di tali norme è di arrestare le esecuzioni indi-

viduali; di obbligare la società a presentare il proprio bilancio e proporre un concordato; di agevolarne l'approvazione, distinguendo i creditori in classi; di consentire la omologazione del concordato anche se non concorrono le maggioranze prescritte per ciascuna classe. A tutto ciò con molta maggior semplicità di mezzi, provvede appunto l'attuale progetto; il quale, con la revisione della legge sul fallimento, sarà completato pel caso che la società non ottenendo il concordato sia dichiarata fallita (Corte d'appello di Milano, 29 dicembre 1885; *Monit. trib.*, 1886, pag. 20). Il Codice di commercio, mentre determina gli effetti di un concordato consentito dai creditori sociali a favore di uno o più tra i soci responsabili senza limitazione (art. 854) nulla dice specificatamente del concordato concesso ad una società nella quale o tutti o taluni dei soci sieno illimitatamente responsabili. Quale influenza avrà il concordato per tali soci? Colma questa lacuna il progetto (art. 26, al. ult.). E mentre — in relazione a quanto dispongono gli art. 106 e 116 del Codice di commercio, chiariti dalla dottrina più autorevole, — consente ai creditori sociali di pretendere il residuo dai soci illimitatamente responsabili soltanto dopo la omologazione del concordato; mette quale condizione all'esercizio di questa azione complementare che il concordato ne contenga la espressa riserva. Il silenzio deve intendersi come liberazione dei soci dal vincolo solidale, presumendosi che le parti si sieno accordate anche nelle conseguenze di tale responsabilità (Lyon Caen et Renault, *Précis de droit comm.*, II, n. 3129. — Pic, *Traité théorique et pratique de la faillite des sociétés commerciales*, Paris, ed. Rousseau, 1887, pag. 177). Quest'azione riflessa del concordato sul patrimonio dei soci è riconosciuta dalla legge concorsuale germanica

(§ 200, alin. 2) si giustifica appunto mettendo in evidenza il collegamento dell'interesse della società con quello individuale dei soci illimitatamente responsabili, mentre molto spesso sono gli averi dei soci che rendono possibile l' esecuzione del concordato sociale (Kohler, *Lehrbuch des Koncursrechts*, Stuttgart, ed. Encke, 1889, pag. 467). La legge concorsuale austriaca (§ 238) va anzi più in là, e ammette che gli effetti di tale concordato si estendano di diritto a favore dei soci responsabili senza limitazione in confronto dei creditori della società. »

**180.** La moratoria non può produrre l' effetto di interrompere la prescrizione. Qui non si potrebbe applicare la massima *contra non valentem agere non currit præscriptio*, perchè, se il creditore non può iniziare nè proseguire azioni in giudizio nè procedere ad atti esecutivi, ha però facoltà di notificare, agli effetti dell'art. 2125 del Codice civile, un atto qualunque che costituisca il debitore in mora di adempiere l'obbligazione.

**181.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo, siccome arresta soltanto gli atti assicurativi ed esecutivi in confronto del debitore, non i giudizi di cognizione, iniziati o da iniziare, si limita a dichiarare che le prescrizioni, perenzioni e decadenze, che sarebbero interrotte dagli atti esecutivi ed assicurativi vietati, rimangono sospese (art. 5).

**182.** Durante la moratoria, dice l'art. 824 del Codice di commercio, nessun atto esecutivo può intraprendersi o proseguirsi contro il debitore, e nessuna azione può iniziarsi o proseguirsi verso di lui, se non dipenda da fatti posteriori alla concessione della moratoria. La Commissione compilatrice del Codice vigente diceva che, anche gli effetti della moratoria devono essere corrispondenti allo scopo a

cui essa mira e coordinati alle guarentigie che in essa si richiedono (*Verb.*, pag. 923). Vedremo poi se le disposizioni di legge, quanto agli effetti della moratoria, rispondano allo scopo ed alle guarentigie che si richiedono. Sarebbe stato inutile concedere al debitore la proroga del termine all'adempimento delle sue obbligazioni, qualora si fosse lasciata ai creditori la facoltà di intraprendere o di proseguire contro di lui gli atti esecutivi. Se si permettesse ai creditori di pignorare o vendere i mobili e le merci del debitore durante la moratoria si rovinerebbe completamente la posizione commerciale del debitore e si renderebbe irrealizzabile lo scopo che colla domanda di moratoria egli si propone; ed allora a tutela dell'interesse del debitore stesso e dell' interesse generale dei creditori sarebbe stato preferibile il fallimento.

Gli atti esecutivi non possono essere permessi contro il debitore anche perchè è necessario mantenere la più scrupolosa eguaglianza tra i creditori; ciascuno dei creditori deve fare, a tale scopo, provvisorio abbandono del proprio diritto individuale d'intraprendere o proseguire l'esecuzione del suo diritto di credito.

La moratoria, l'ho già notato, è concessa non solo nell'interesse del debitore, ma anche nell' interesse di tutti i creditori. La pratica dimostra che il creditore, in generale, poco si cura della buona fede del debitore; sia il fallimento che la moratoria per lui sono affari cattivi e ciò che gli preme è di cavarsela nel miglior modo possibile, anche con transazioni sospette, o con vantaggi particolari imposti colle minaccie. Spesso si vedono creditori intrattabili virar di bordo e diventare senza una ragione apparente i più zelanti sostenitori del debitore. Se

si permettesse ai singoli creditori di iniziare o continuare gli atti esecutivi la moratoria raggiungerebbe scopo ben diverso da quello che si propone; i creditori, che generalmente guardano tutte le cose da un punto di vista tutto personale, potrebbero con pignoramenti e vendite distruggere l'avviamento commerciale, e danneggiare il valore del patrimonio; i più avveduti colla minaccia di atti esecutivi potrebbero estorcere dal debitore concessioni speciali a danno di tutti gli altri. E con ciò si raggiungerebbe un fine affatto contrario a quello che deve prefiggersi e che si è prefisso il legislatore, il quale non ha voluto creare una legge, nella quale l'interesse dei creditori fosse la nota predominante, ma una legge generosa che offra modo di evitare o di addolcire i rigori del fallimento e della quale possano approfittare soltanto i commercianti assolutamente onesti; il legislatore volle incoraggiare la probità commerciale e salvaguardare nel miglior modo possibile il patrimonio del debitore, che è pegno comune dei creditori. La eguaglianza la più scrupolosa deve regnare fra i creditori ed ognuno deve far provvisorio abbandono del diritto individuale che a lui spettava alla vigilia della domanda di moratoria di procedere ad esecuzioni forzate nel proprio interesse, per riprendere il libero esercizio di tal diritto sol quando, cessata la moratoria ed evitato il fallimento, il debitore mancasse ai nuovi patti.

**183**. Le domande di sequestro, sebbene non costituiscano per sè stesse atti di esecuzione, si devono ritenere comprese nel divieto, espresso nell' articolo 824 Codice di comm., perchè esse pure, come giustamente osserva il Vidari (op. cit., 3ª ediz., vol. VIII, n. 8588), determinano di necessità l'esperimento di un' azione (Corte d' appello di

Venezia, sentenza 14 aprile 1891 in causa Gregoretti contro Ramò).

Non è di tale avviso il Tartufari (op. cit., nn. 124-126), il quale però non ha riflettuto che la legge non si limita ad interdire le sole azioni per ottenere il pagamento di una somma, ma interdice tutte le azioni indistintamente e quindi anche quelle di sequestro. Dal confronto fra gli articoli 699 e 824 Cod. comm., nessun argomento può trarsi a favore della tesi dell' avv. Tartufari, poichè se il primo di detti articoli vuole che dopo il fallimento tutte le azioni sieno iniziate e proseguite contro il procuratore non si può dedurre da ciò che l' articolo 824, proibendo l'inizio o la prosecuzione delle azioni durante la moratoria, non abbia interdetto le azioni di sequestro. Le Corti d'appello di Napoli (sent. 27 ottobre 1891) e di Venezia (sent. 26 novembre 1891), le cui decisioni vengono fuor di proposito invocate dal Tartufari, giudicarono: la prima, « che i creditori ipotecari possano anche dopo il fallimento notificare il precetto e trascriverlo allo scopo di tutelare i proprii diritti, cioè i frutti degl'immobili e le annate d'interessi » (art. 2010 Cod. civ.); e la seconda, « che è valida l'inscrizione durante la moratoria di un'ipoteca costituita da un titolo anteriore e non impugnato » (vedi in seguito n. 192). Nell'uno e nell'altro caso si trattava di atti conservativi di diritti, pei quali i creditori conservavano il privilegio non ostante il fallimento, e di diritti ipotecari sostanzialmente già acquisiti prima della moratoria, sebbene mancasse l'iscrizione. Ma nessun diritto acquisito al sequestro può nel creditore sussistere prima della moratoria, che, dopo la concessione della medesima, debba essere rispettato (vedi in seguito n. 192).

Gli atti dei singoli creditori non possono render vani gli effetti della moratoria, la quale si propone lo scopo di concedere al debitore una dilazione, durante la quale egli possa senza precipizio, continuando il suo commercio, o liquidando il suo attivo, mettersi in grado di pagare tutti i suoi debiti. A raggiungere tale scopo due condizioni sono assolutamente indispensabili:

1.° che nessuno possa con atti giudiziari od esecuzioni forzate privarlo neppure parzialmente del beneficio concessogli, nè, cagionandogli spese, alterare le condizioni economiche di lui, anteriori alla concessione della moratoria;

2.° che il debitore possa avere la piena disponibilità del suo patrimonio, che altrimenti non potrebbe alienare, per procurarsi i mezzi onde adempiere alle proprie obbligazioni.

Se il legislatore a tal fine e per tali motivi volle che, durante la moratoria, nessun atto esecutivo e nessuna azione possa iniziarsi o proseguirsi contro il debitore, dipendenti da fatti anteriori alla concessione della moratoria, è incontestabile che nemmeno possa intraprendersi o proseguirsi il sequestro che cagiona spese e non ha altro scopo che di rendere inalienabile la cosa sequestrata, imbarazzando e ritardando la liquidazione (Vidari, *Corso dir. comm.*, n. 4886).

Io ritengo che debba essere revocato anche il sequestro che fosse già stato dichiarato valido ed efficace prima della moratoria, poichè non basta, per lo scopo della moratoria, che si sospenda la vendita degli oggetti sequestrati. D'altra parte, se il sequestro non conferisce privilegio alcuno, che bisogno può esservi di conservarlo? Il debitore è sorvegliato dalla commissione dei creditori sotto la direzione del giu-

dice delegato e se il tribunale può dare i provvedimenti e dettare norme speciali allo scopo di evitare ogni possibile distrazione di attivo, il sequestro non produrrebbe altro che effetti dannosi.

**184.** Ma perchè interdire ai creditori anche le azioni e persino la prosecuzione delle azioni?

La giurisprudenza ritenne che il divieto di proporre o proseguire azioni giudiziare durante la moratoria, non ha effetto fino dalla prima pronuncia che ordina mezzi istruttori (Cassaz. di Firenze, 30 dicembre 1886, in causa Filatura di Pordenone-Rocca. - v. n. 156); che il divieto di proseguire azioni giudiziarie contro colui al quale fu concessa la moratoria non si estende alla riassunzione di azione iniziata dallo stesso morato (Corte d'app. di Genova, 9 aprile 1888, in causa Malerba-Muller); e che il divieto di proseguire le azioni giudiziali importa anche la sospensione del giudizio d'appello, quando l'appellante è il morato (Corte d'appello di Torino, 27 giugno 1891, in causa Leonelli-Sesia Veglio e Comp.).

La moratoria è un beneficio col quale si deroga al diritto comune; non si dovea quindi sortire dai limiti della stretta necessità; dovea limitarsi quindi il divieto agli atti esecutivi. Nulla si oppone a che l'azione possa essere intentata o proseguita; la discussione e le sentenze che risolvono i punti litigiosi e condannano non costituiscono ostacolo a che la moratoria raggiunga il suo scopo; bastava impedire l'esecuzione e la creazione di nuovi privilegi ed ipoteche. — Non si è ritenuto necessario nemmeno di sospendere le espropriazioni immobiliari, che i creditori ipotecari possono provocare, e si interdiscono le azioni che ben minore turbamento possono arrecare alla liquidazione!

**185.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo, come ho già notato, arresta soltanto gli atti assicurativi ed esecutivi in confronto del debitore, non i giudizi di cognizione, iniziati o da iniziare, come pur fanno talune leggi straniere ed il Codice di commercio patrio durante la moratoria (art. 824).

« Obbiettivo del moratorio, dice benissimo la relazione (pag. 51), è di mantenere la integrità del patrimonio del debitore ed impedire la prevalenza di diritti ottenuta con atti di assicurazione e di esecuzione. Le azioni mobiliari ed immobiliari proposte pel semplice riconoscimento di diritti controversi non turbano la procedura di concordato, se mai l'agevolano. Imporre una sosta od una dilazione a quel riconoscimento è sacrificio ingiustificato, con pregiudizio individuale e sociale, mentre le prescrizioni e le perenzioni ordinarie rimarrebbero nel frattempo sospese. »

**186.** I crediti, che non risentono gli effetti della dichiarazione di fallimento, non subiscono neppure gli effetti della moratoria. Tra questi sono anzitutto annoverati i crediti dello Stato a causa di tributi (art. 824 Cod. comm.). Nei tributi bisogna comprendere tutte le contribuzioni dovute allo Stato, comprese le addizionali. Questa eccezione è giustificata dall' interesse prevalente annesso al regolare incasso delle risorse destinate ad assicurare il funzionamento dei pubblici servizi. I termini della legge sono molto generali; si tratta non solo di imposte dirette, ma anche delle indirette; ogni interpretazione restrittiva dev' essere esclusa. Le tasse di ricchezza mobile, le tasse fondiarie, di fabbricati e terreni, le tasse di bollo, di registro, di successione, le tasse doganali, ecc., potranno essere richieste in via giudiziaria ed esecutiva, nonostante la moratoria.

La ragione della legge dovrebbe indurre a limitare la eccezione a quella sola parte dei tributi, per la quale dura ancora il privilegio (art. 1957 e 1967 Cod. civ.); ma il capoverso dell'art. 824 Cod. comm., non distingue *nec nos distinguere possumus*. Dalla limitazione del privilegio non si può dedurre la limitaziono dell'esercizio dell'azione creditoria.

La ragion della legge indurrebbe a concludere che la moratoria non debba aver effetto neppure sopra i tributi comunali e provinciali; ma il capoverso dell'art. 824, che accenna espressamente ai *soli crediti dello Stato*, non ammette interpretazione estensiva (v. in contrario Tartufari, op. cit., nn. 132 e 133).

**187**. L'art. 5 del progetto definitivo sul concordato preventivo all'ultimo alinea dispone: « I crediti per tributi diretti od indiretti non sono sottoposti agli effetti contemplati nel presente articolo ». E la relazione (pag. 54) ne espone i motivi nei termini seguenti: « Gli istituti di pubblica utilità, Stato, provincie, comuni, non potrebbero prestare ai cittadini i servizi richiesti dalla esistenza e dal benessere del civile consorzio senza la sicurezza di conseguire integralmente e tempestivamente i mezzi necessari per farvi fronte. *Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt* (L. 1 Cod. *Si propt. publ. pens,* IV, 46). Per l'esazione dei loro crediti, dipendenti dai tributi diretti e indiretti, godono uno speciale privilegio o sulla generalità dei mobili o sopra gli immobili. Avuto riguardo al loro scopo, il progetto riconosce la necessità che il moratorio non eserciti influenza su codesti crediti qualora conservino il privilegio loro attribuito dal codice civile. »

**188.** Anche i crediti privilegiati e ipotecari od aventi pegno sono sottratti agli effetti della moratoria, per la stessa ragione per la quale sono sottratti agli effetti della dichiarazione di fallimento (art. 824 Cod. comm.). Ai creditori aventi pegno, privilegio od ipoteca sarà quindi lecito, anche durante la moratoria, di spiegare azioni in giudizio per il loro credito privilegiato od ipotecario e procedere anche ad atti esecutivi. Gli effetti della moratoria e le giustificazioni richieste per ottenerla concernono essenzialmente i beni costituenti la garanzia comune di tutti i creditori (art. 1949 Cod. civ.); mentre sui beni affetti da qualche ragione di privilegio o di ipoteca gli altri creditori, che non hanno fidato alla cosa, ma alla persona, non possono aver fatto alcun assegnamento fuorchè sulla eccedenza, dopo soddisfatti i creditori garantiti; la loro sorte rimane invariabile, qualunque sieno per essere le condizioni ed i risultati della moratoria in ordine ai beni non vincolati. Il creditore privilegiato o l'ipotecario può adunque esperimentare le proprie ragioni creditorie precisamente come se la moratoria non avesse avuto luogo o fosse di già scaduta.

Il creditore avente ipoteca o pegno che non può ottenere dall'immobile ipotecato o dal pegno che solo parziale rimborso diventa pel resto creditore chirografario; per questo resto egli non potrà durante la moratoria intraprendere o proseguire nessun atto esecutivo, nè iniziare o proseguire alcuna azione verso il debitore.

Se il legislatore avesse annoverata tra gli effetti della moratoria anche la sospensione degli atti esecutivi a favore dei creditori con pegno od ipoteca senza cagionare loro grave danno, in quanto essi, ciò non ostante, conserverebbero le garanzie loro, avrebbe evitato l'inconveniente

che, riuscita vana la moratoria e dichiarato e retrodato il fallimento, i diritti di pegno e di ipoteca, già esperiti in pendenza della moratoria, potessero essere colpiti dalle presunzioni di nullità comminate dall'articolo 709 del Codice di commercio. Per quanto sia difficile che si possa parlare di retrodatazione di fallimento e di presunzione di frodi, quando non s'abusi dell'instituto della moratoria e si tratti di un commerciante non dissestato, ma improvvisamente e temporaneamente arenato nel giro dei proprii affari, il quale sia in grado di fornire le giustificazioni prescritte dall'articolo 819 Cod. comm. (Corte d'appello di Roma, sentenza 11 febbraio 1890, in causa Scheda c. Banca comm. delle Marche); pure il pericolo è possibile e sarebbe stato opportuno il prevenirlo.

Se la moratoria non vincola i creditori con ipoteca, pegno, od altro privilegio, questi non potranno però prevalersi della decadenza dal beneficio del termine per l'insolvenza dimostrata dal debitore colla domanda di moratoria, o nella domanda stessa confessata. Se la moratoria non può nuocere, non deve nemmeno giovare ai creditori con ipoteca, pegno od altro privilegio.

**189.** Abbiamo visto che, secondo il progetto sul concordato preventivo, i patti del concordato non vincolano i creditori con ipoteca, pegno od altro privilegio, pei quali rivivono i termini convenzionali precedenti.

« L'esigibilità dei loro crediti, dice la Relazione (pag. 52), conseguente al decreto che convoca i creditori, non si sostituisce, ultimata la procedura, con la omologazione del concordato, alla esigibilità convenzionale. Tutti i creditori, e quindi anche quelli che hanno titoli speciali di preferenza, prendono parte alla procedura di concordato, così

come prendono parte alla procedura di fallimento, perchè tutti, quali creditori personali del debitore, hanno diritti comuni da tutelare e taluno può averne di speciali, come, ad esempio, quello di partecipare al concordato quale creditore chirografario se la garanzia reale è illusoria o contestata in tutto od in parte (art. 16, lett. *b*). Questo intermezzo però non deve procurare ad essi una posizione più favorita di quella che avrebbero se la domanda di concordato non fosse stata presentata. Quali creditori aventi una garanzia reale, essi sono fuori della procedura di concordato; rimangono sotto l'egida del diritto comune e devono attendere la scadenza normale dei loro crediti per chiederne il pagamento (pag. 43). Nè varrebbe loro richiamarsi all'articolo 1176 del Codice civile per ricusare al debitore il beneficio del termine, perchè *divenuto insolvente.* Il giudizio di concordato, definito con la omologazione, purga e migliora la situazione economica del debitore; l'astensione del creditore avente una garanzia reale da quel giudizio, dimostra la sufficienza della garanzia prestata; dimodochè sarebbe una vera contraddizione che quel creditore che rimase estraneo alla procedura per non sottostare agli effetti comuni a tutti i creditori, si giovasse poi della sua esistenza per uno scopo individuale ingiustificato in opposizione a quello che la legge si è prefisso (Bravard-Veyrières, *Traité de droit comm.*, pag. 158 e 159; Renouard, *Traité des faillites*, II, pag. 332; Lyon Caen et Renault, *Précis de droit comm.*, II, n. 2693). »

**190.** Dal fatto che i creditori con pegno sieno sottratti agli effetti della moratoria non si potrà certo arrivare alla conseguenza che il creditore, che abbia in pegno una polizza di assicurazione, possa costringere giudiziaria-

mente il debitore, che ottenne la moratoria, a pagare i premi dovuti per effetto della polizza stessa. È vero che, se non si pagano i premi, il pegno perderà ogni valore ed il creditore sarà privato di ogni garanzia; ma se il debitore, che ha ottenuto la moratoria, non può costringere l'assicuratore a rispettare gli obblighi assunti, quando i premi non vengono pagati, sarà il creditore stesso che dovrà pagarli se vorrà conservare al pegno il suo valore. Il creditore, che accetta in pegno una polizza di assicurazione, relativamente alla quale una parte dei premi non sia per anco pagata, accetta una garanzia delle più precarie, poichè il pegno non può riflettere il valore dell'assicurazione al giorno in cui vien costituito, essendo semplicemente un valore suscettibile di aumento man mano che si pagano i premi ed in ragione dei medesimi. Il creditore, che si è accontentato di un pegno di tal natura, dipendente da avvenimenti futuri ed incerti, non ha alcun privilegio quanto alla pretensione che il debitore continui, pagando, ad assicurare al pegno il suo pieno valore.

Il creditore non può trar vantaggio dalla moratoria, e se, pel difetto di pagamento dei premi, il pegno perde il suo valore, ciò non dipende dalla moratoria, ma dal fatto di avere il creditore seguito la fede del suo debitore, la cui insolvibilità compromette la sicurezza precaria, della quale si è appagato. Scaduto il credito, egli avrà diritto di far vendere la polizza, di pagarsi del credito e delle spese fatte e dei premi pagati; e per la parte insoluta dovrà attendere la scadenza della moratoria.

**191.** Nessun dubbio che le disposizioni del Codice civile intorno ai privilegi sopra i mobili si applichino anche nella moratoria. Ma il Codice di commercio, in materia di

fallimento, statuisce che, tra i crediti privilegiati, debbano annoverarsi:

1° il salario dovuto agli operai impiegati direttamente dal fallito durante il mese che ha preceduto la dichiarazione del fallimento, ed il salario dovuto agli institori ed ai commessi per i sei mesi che hanno preceduto la dichia razione di fallimento;

2° il privilegio del locatore, non esteso però alle merci uscite dai magazzini o dai luoghi di esercizio commerciale o industriale del conduttore, allorchè su di esse i terzi abbiano acquistato diritto, salvo il caso di sottrazione fraudolenta;

3.° il credito per il prezzo non pagato delle macchine d'importante valore impiegate negli esercizi d'industria manufatturiera od agricola sulle macchine vendute e consegnate al fallito nei tre anni precedenti alla dichiarazione di fallimento, ancorchè divenute immobili per destinazione, purchè il venditore abbia entro tre mesi dalla consegna delle macchine al compratore nel Regno, fatto trascrivere il documento, da cui risulti la vendita ed il credito in un registro speciale e pubblico che dev'essere tenuto nella cancelleria del tribunale di commercio, nella cui giurisdizione le macchine sono collocate, nei modi stabiliti con regio decreto — (art. 773 Cod. comm.).

Questi privilegi speciali sussisteranno indubbiamente anche in caso di moratoria sia questa anteriore sia posteriore alla dichiarazione di fallimento. Abbiam visto che le disposizioni che regolano la moratoria sono comuni in tutti i due casi (art. 827, penult. alin. Cod. comm.), e che la moratoria concessa dopo della dichiarazione di fallimento non produce altro effetto che quello della sospensione della proce-

dura commerciale di fallimento. — È vero che il privilegio come eccezione, come *jus singulare,* non ammette interpretazione estensiva. Ma come sarebbe possibile ammettere che il privilegio sussista quando la moratoria sussegue la dichiarazione di fallimento, perchè in questo caso il privilegio è indiscutibile, e non ammetterlo, quando la moratoria precede il fallimento, se le identiche disposizioni regolano le due moratorie?

Come giustamente osservava la Cassazione di Torino (sent. 5 dicembre 1890, in causa Fallimento D'Aste contro Raviola), identica è la posizione che il legislatore ha inteso di fare ai creditori del commerciante che ha cessato di fare i suoi pagamenti; e, in verità, non vi sarebbero state ragioni per disporre altrimenti, di fronte al principio certissimo di ragione giuridica che *ubi eadem ratio ibi debet esse eadem juris dispositio.* Nè vale in contrario l'addurre l'inconveniente che sorgerebbe nel caso in cui un commesso, il quale abbia prestato i suoi servizi avanti la concessione della moratoria, abbia continuato a prestarli dopo la moratoria e fino a tanto che sia intervenuta la sentenza dichiarativa, di cui nell'ultimo comma dell'art. 827 di detto Codice; e starebbe in ciò che il commesso potrebbe venire a conseguire non sei ma dodici mesi di salario. A ciò ragionevolmente rispondeva la Cassazione di Torino (sentenza succitata) che « a parte invero il riflesso, che, se è ben naturale che prima della moratoria possano aversi dei commessi, i quali si acconcino a non essere soddisfatti dei loro salari per un periodo di sei mesi e vengano così ad acquistare un credito che è meritevole dei più grandi riguardi, in ragione della sua natura, in quanto l'opera di essi commessi ha contribuito a far camminare l'azienda

commerciale, cui erano addetti, difficilmente potrà avvenire che la commissione amministratrice e liquidatrice, la cui costituzione deve essere compagna alla concessione della moratoria, e la quale, giusta l'articolo 823, in concorso del debitore, deve fare i pagamenti secondo le speciali prescrizioni ed autorizzazioni del tribunale, lasci insoddisfatti i salari dei commessi, egli è a notarsi che se al sopravvenire della sentenza dichiarativa del fallimento alcun credito di tale specie sussista lo si dovrà esperire in confronto della commissione liquidatrice per via di deduzione o prelevamento sui frutti delle cose cadute nell' amministrazione e sul loro valore per analogia a ciò che nell'articolo 809 del ripetuto Codice vedesi stabilito in ordine alle spese di giustizia e d'amministrazione occorse nei fallimenti ordinari. »

**192.** L'articolo 707 del Codice di commercio dichiara nulli di pien diritto tutti gli atti e le operazioni del fallito e tutti i pagamenti da lui eseguiti dopo la sentenza dichiarativa di fallimento. La legge avrebbe dovuto limitarsi a dichiararli nulli solo rispetto alla massa dei creditori, e non di pien diritto, perchè non v'è ragione d'annullare gli atti che il fallito avesse fatti a vantaggio della massa. Le ipoteche inscritte sui beni del debitore dopo la sentenza che concede la moratoria, saranno forse colpite di nullità? (v. n. 183).

Da un lato si osserva che la moratoria ha per base necessaria e ragionevole la inalterabilità del patrimonio che si liquida sotto la vigilanza dei creditori e del magistrato; e che il debitore, chiedendo la moratoria stipula una vera convenzione che diventa definitiva in seguito al voto dei creditori e l' autorizzazione del tribunale, sulla base delle condizioni esistenti nel giorno in cui il tribunale concede

la moratoria, e si obbliga a rispettare il patto della proporzionalità delle pretese e della eguaglianza dei diritti sul patrimonio suo, e a interdirsi ogni atto che, se anche permesso dalla legge comune, viola tuttavia la condizione che egli liberamente accettava ed in ragion della quale i creditori sono impediti nel libero esercizio dei loro diritti. Dall'altra parte, come osservava la Corte d'appello di Venezia (sentenza 26 novembre 1891, in causa Fallimento Colles contro sorelle Colles), l'articolo 707 dichiara nulli di pien diritto gli atti eseguiti dopo la sentenza di dichiarazione di fallimento senza occuparsi della moratoria; se avesse voluto equiparare a tali atti anche quelli verificatisi dopo la moratoria accordata anteriormente alla dichiarazione di fallimento ne avrebbe fatto oggetto di una disposizione espressa, massime trattandosi di un istituto molto importante nel commercio e nuovo per la nostra legislazione. E del pari nell'art. 710 avrebbe imposto espressamente, come condizione indispensabile alla validità delle iscrizioni ipotecarie, che queste fossero anteriori, non solamente alla sentenza di dichiarazione di fallimento, ma ad ogni concessione di moratoria. Arbitraria sarebbe la comminatoria di nullità, e il magistrato escirebbe dai limiti del suo mandato introducendo una nuova causa di decadenza o quanto meno restringendo il libero esercizio del diritto che ha il creditore di inscrivere in qualunque tempo la ipoteca accordatagli dal suo debitore. L'articolo 824, dicea la Corte veneziana, vieta gli atti esecutivi e le azioni, e tra questi non si possono comprendere le iscrizioni ipotecarie. Nel caso di moratoria successiva alla dichiarazione di fallimento l'ipoteca sarà nulla, perchè inscritta dopo la sentenza dichiarativa di fallimento, ma nella moratoria che precede

la dichiarazione di fallimento ciò non si avvera, e diversa è la condizione del debitore, perchè la moratoria ed il fallimento hanno indole giuridica, scopo ed effetti diversi. Le disposizioni dettate dalla legge per lo stato di fallimento e quelle che riguardano la moratoria, tendenti a mantenere l'integrità ed incolumità del patrimonio di fronte alla massa dei creditori, presentano sostanziali differenze.

Il debitore, che ottiene la moratoria prima della dichiarazione del fallimento, aggiungeva la Corte stessa, trovasi in istato di fallimento; e quindi torna applicabile al medesimo il disposto dell'articolo 710 Cod. comm. La moratoria non è instituita per distruggere quelle garanzie che i creditori abbiano potuto acquistare antecedentemente.

Questi argomenti, accolti dalla Corte d'appello di Venezia, non mi convincono. Quantunque il voto dei creditori sulla domanda di moratoria non sia deliberativo, ma semplicemente consultivo, quantunque il tribunale non sia obbligato ad attenersi al voto stesso e quindi manchi una vera e propria convenzione tra il debitore ed i creditori aderenti, è certo però che la condizione in cui trovasi l'attivo può essere e sarà spesso l'unica ragione che induce i creditori a dar voto adesivo alla domanda di moratoria, ed il tribunale nel concedere la moratoria, deve tener conto speciale del voto espresso dai creditori e dello stato patrimoniale presentato dal debitore. L'inalterabilità del patrimonio è dunque la base necessaria e ragionevole della moratoria.

È ovvio, e non occorre dimostrare, che un'iscrizione ipotecaria può spesso alterare le proporzioni tra l'attivo ed il passivo. L'epoca dell'iscrizione ipotecaria non mi pare in nessun caso influente alla ragion del decidere.

A mio avviso, invece bisogna distinguere se l'atto costi-

tutivo dell'ipoteca sia stato creato prima o dopo della convocazione dei creditori, e se la costituzione dell'ipoteca sia stata o no denunciata ai creditori ed al tribunale cui si domanda la moratoria.

Se il titolo col quale si concedeva l'ipoteca è di data anteriore alla domanda di moratoria e fu dal debitore indicato per modo che i creditori ed il tribunale non ne ignoravano l'esistenza, in tal caso nè i creditori avranno diritto di lagnarsi della tardiva inscrizione ipotecaria, perchè il patrimonio rimane tale quale fu denunciato dal debitore, nè si potrà, nel silenzio della legge, punire il creditore colla perdita dell'ipoteca, potendo, quanto all'inscrizione della medesima, aver influito al ritardo ragioni di parentela o di amicizia o potendo spiegarsi colla fiducia che riponeva nel debitore e nelle sue condizioni economiche. Per le stesse ragioni sarà valida l'ipoteca concessa prima, ma inscritta dopo la moratoria, se anche il tribunale ed i creditori non furono edotti tempestivamente dell'esistenza del titolo costitutivo; ma in quest'ipotesi il tribunale potrà revocare la moratoria (art. 826 Cod. comm.). L'ipoteca però, a mio avviso, sarebbe nulla se fosse stata concessa dopo la domanda di moratoria, che anche in tal caso sarebbe revocabile poichè il titolo non potrebbe essere riconosciuto valido; lo si dovrebbe presumere fatto in frode dei creditori solo perchè posteriore alla data della cessazione dei pagamenti, constatata dal fatto della domanda di moratoria.

Altrimenti dopo concessa la moratoria tutte le attività immobiliari potrebbero essere assorbite da pochi creditori a danno degli altri, rendendo per questi illusoria anche la garanzia dell'eccedenza dell'attivo sul passivo, che diverrebbe

apparente, se anche prima era reale. — E di più, alcuni creditori, dopo aver dato il voto adesivo alla moratoria, diventando in seguito creditori ipotecari, potrebbero procedere ad atti esecutivi, rendendo illusori gli effetti della moratoria con danno manifesto degli altri creditori.

**193.** La legge stabilisce delle misure speciali di protezione per certi creditori organizzando la rivendicazione. In caso di moratoria potranno forse applicarsi quelle disposizioni?

Bisogna distinguere. Alcune di quelle disposizioni non sono sostanzialmente che applicazioni del diritto comune; altre invece costituiscono principii speciali.

Quanto alle prime non vi può esser dubbio sulla loro applicabilità. Ad esempio non si potrà dubitare del diritto di rivendicare le merci ed i valori spediti al debitore a titolo di mandato, di deposito o di commissione (art. 802 e 803 Cod. comm.), perchè la proprietà delle merci o dei valori rimane in tali casi nel creditore. E dubbio non può sorgere nemmeno sul diritto del venditore di non consegnare la merce venduta quand'anche avesse accordata una dilazione al pagamento, inquantochè la moratoria prova la insolvenza (art. 1469 Cod. civ., e 805 Cod. comm.). Non possono invece applicarsi alla moratoria le disposizioni eccezionali relative alle ipotesi di merci già divenute proprietà del debitore, e del cui prezzo soltanto questi è debitore (art. 804 Cod. comm.).

Qui non è possibile invocare l'analogia, perchè, se in materia di fallimento, è giustificabile la rivendicazione delle cose già vendute al fallito quando non siano giunte in suo potere e basti evitare il pericolo che i terzi possano essere indotti in errore contrattando in considerazione dell'appa-

rente fortuna mobiliare del debitore, nella moratoria invece i rapporti tra venditore e compratore devono essere regolati dal diritto comune.

Non posso condividere l'opinione della Corte d'appello di Torino (sentenza 24 aprile 1894, in causa Peyrano contro Credito Mobiliare), la quale ritenne che anche le domande di rivendicazione debbano essere sospese durante la moratoria. Si esagera affermando che le domande di rivendicazione, portando la discussione sulla vera natura ed indole dell'azione, renderebbero frustranea lo scopo della moratoria che si propone il fine di mettere il commerciante in condizione di procedere alla liquidazione dell'attivo ed alla estinzione del passivo nel termine fissato, e che il *jus in re propria*, oggetto delle azioni di rivendicazione si potrebbe per avventura ammettere solo quando non sia evidentemente contestabile e non contrastato, ed esuli la possibilità di un litigio, e non quando si questioni se la cosa sia proprietà del preteso rivendicante. È vero che, in confronto del fallito non è applicabile il disposto dell'art. 824, perchè la sua condizione giuridica è ben diversa da quella del negoziante cui fu concessa la moratoria e che la parola *debitore* usata nel modo più ampio e più generico e senza restrizioni e limitazioni, usata nell'art. 824 comprende tanto il debitore per causa di crediti, quanto colui che deve una cosa determinata per altri rapporti giuridici. Ma il beneficio, se protrae per un certo tempo la scadenza dei pagamenti a termine, non abilita però colui, cui fu concesso il beneficio stesso, al rifiuto di restituire ciò che non gli appartiene, ciò che presso di lui esiste soltanto a titolo di mandato, di deposito e di commissione e con obbligo di restituire. Se la moratoria non ha effetto sui diritti dei creditori aventi

ipoteca, pegno e privilegio, tanto meno può aver effetto a danno di chi ha il prototipo dei diritti reali, quello che tutti li compendia, il diritto di proprietà. *Exceptio est strictissimae interpretationis* (art. 4 Dispos. prelim. Cod. civ.). Il divieto dell'art. 824 Cod. comm. è disposizione eccezionale, che non ammette interpretazione estensiva da caso a caso o per analogia. La moratoria si risolve nella concessione di un termine di favore pel commerciante, che « sebbene provvisto di un attivo superiore al passivo, per un imbarazzo momentaneo si trova sopraffatto da molte scadenze e deve mancare ai suoi impegni per l'attuale difficoltà di procacciarsi le somme occorrenti » (*Verb.*, n. 918). Se, a tale scopo, la « legge concede un termine al debitore, perchè egli possa liquidare tranquillamente il *suo patrimonio;* se a tale scopo la legge vuole sottrarre transitoriamente il *patrimonio del debitore* dalle azioni dei singoli creditori, onde queste non rendano illusori gli effetti di tale provvedimento; se a tale scopo si vuole che il debitore possa avere la piena disponibilità del *suo patrimonio*, che altrimenti non potrebbe servire per procurarsi i mezzi onde adempiere alle proprie obbligazioni, sarebbe assurdo il pretendere, che solo perchè un dubbio sorge sulla ammissibilità della rivendicazione, chi ottenne la moratoria possa sottrarsi all'obbligazione di restituire ciò che non gli appartiene nè gli appartenne mai. Come è possibile presumere che il legislatore abbia voluto, senza utilità alcuna pel debitore beneficato dalla moratoria e con danno gravissimo del proprietario, che il primo possa trattenere in deposito le cose altrui? Si farebbe oltraggio al legislatore attribuendogli intenzione tanto contraria ad ogni principio di giustizia! L'azione di separazione del patrimonio del debitore da quello dei terzi non intralcia la liquidazione,

ma anzi l'agevola. Nemmeno il fallimento costituisce ostacolo all'azione di separazione, e qui, in sostanza, tratterebbesi di un'azione di separazione più che di rivendicazione; perchè mancherebbe un titolo traslativo di proprietà, perchè, come giustamente affermava la Cassazione di Firenze (sentenza 27 novembre 1893, in causa Maurogordato contro Lindemann), « la proprietà ed il possesso legittimo rimasero sempre presso il precedente proprietario e si commetterebbe un'indebita usurpazione ed appropriazione se alla massa dei creditori si riconoscesse il diritto d'appropriarsi merci altrui senza giusto titolo; e quindi è giusto che si conceda al vero proprietario l'*azione di separazione* della sua merce dagli assegnamenti del fallimento analogamente a ciò che dispone l'art. 647 Cod. proc. civ. ».

Altrettanto ed a maggior ragione deve dirsi pel caso di moratoria, perchè la legge durante la moratoria non libera il debitore da ogni pagamento, ma soltanto lo tutela contro le azioni e gli atti coercitivi sul *suo patrimonio* e sòltanto pei crediti chirografari. Se la dizione del secondo capoverso dell'art. 824 non comprendesse virtualmente e necessariamente anche le azioni di separazione sarebbe addirittura viziosa, perchè è la ragion della legge che la vuol compresa; e ciò si capisce ove per poco si rifletta che gli effetti della moratoria e le giustificazioni richieste per ottenerla (art. 819 Cod. comm.) concernono unicamente i beni costituenti la garanzia comune dei creditori (art. 1949 Cod. civ.), mentre sui beni che non fanno parte del patrimonio del debitore gli altri creditori non possono aver fatto alcun assegnamento e la loro sorte rimane invariabile, qualunque sieno per essere le condizioni ed i risultati della moratoria in ordine ai beni non appartenenti al debitore.

**194.** La legge, che ai creditori interdice ogni atto esecutivo ed ogni azione durante la moratoria, toglie loro anche il diritto di opporre l'eccezione di compensazione? In altri termini il creditore che ha un debito liquido ed esigibile verso colui che ottenne la moratoria, potrà contro l'azione di quest'ultimo opporre la compensazione?

La risposta affermativa si fonda sulle seguenti argomentazioni.

Si dice: che alle disposizioni degli articoli 1285 e 1286, i quali ammettono la compensazione di diritto fra due debiti che reciprocamente si estinguono, non può far ostacolo, nè il disposto dell'articolo 1294 dello stesso Codice, perchè questo non contempla che i soli casi di sequestro e di pegno, nè il disposto dell'art. 707 n. 2 Cod. di comm., che si riferisce soltanto al pagamento di debiti non peranco scaduti, eseguitosi dal fallito dopo la cessazione dei pagamenti; e che, anche senza tener conto dei dubbi sorti sulla nullità, rispetto alla massa dei creditori, dei pagamenti fatti dopo la cessazione dei pagamenti anche per via di compensazione, il disposto dell'articolo 707 n. 2 Cod. comm., non sarebbe applicabile al caso pel noto aforisma *ubi lex voluit, etc.*, e per la manifesta diversità d'indole, di natura e di scopo esistente fra gli instituti del fallimento e della moratoria.

Si osserva ancora in favore di questa tesi: che l'eccezione di compensazione legale, opposta al debitore in moratoria che si fa attore, non è contemplata dall'art. 824, che parla di atti esecutivi e di azioni da iniziarsi o da proseguirsi e non già di eccezioni; che quella disposizione, eccezionale e derogativa al diritto comune, dev'essere interpretata restrittivamente; che colla moratoria si vien a con-

cedere un vero termine di grazia e che, se il termine contrattuale accordato dalla legge o per essa dal magistrato rende inesigibile un credito, ciò non può mai essere effetto di un termine di favore, come quello della moratoria, che si limita a sospendere provvisoriamente l'esecuzione di una obbligazione non contestata, in omaggio al principio proclamato dal romano diritto: *aliud est enim diem obligationis non venisse aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis* (L. 16 ff. *De compens* — Appello di Lucca, sentenza 8 novembre 1889, in causa Duval-Macbeau).

Questi argomenti non hanno, a parer mio, serio fondamento. L'articolo 707 n. 2, annullando i pagamenti fatti dopo la cessazione dei pagamenti per via di compensazione, non ha inteso punto di contemplare anche quella compensazione legale che è regolata dall'articolo 1287 Cod. civ., avendo preso di mira soltanto la compensazione convenzionale, ossia la convenzione che fa presumere la frode, affinchè in limine di fallimento non si possa fare legalmente quello che la dichiarazione di fallimento rende impossibile (Vidari, *I fallimenti*, I, n. 177; Calamandrei, *Fallimento,* n. 189; Borsari, *Comm. al Cod. comm.,* § 1762; Cuzzeri, *Cod. comm. annot.,* N. 211, e autori ivi citati).

È assurdo il dire che in tal caso sia vietata la compensazione, in quanto i debiti del fallito si pagano con una percentuale, mentre i crediti si esigono dal curatore per intero. Non sarebbe questa una buona ragione per proscrivere la compensazione nel fallimento, perchè la compensazione estingue di diritto i due crediti fino al rispettivo ammontare. Colla compensazione legale totale o parziale non è il fallito che paghi direttamente in tutto od in parte il suo debito dopo la cessazione dei pagamenti; il pagamento

si effettua *ope legis*, senza il suo intervento. D' altra parte il pagamento di un debito scaduto ed esigibile, fatto dopo la cessazione dei pagamenti, ma prima della dichiarazione di fallimento, con denari ed effetti di commercio, è efficace a sensi dell'art. 709 n. 3; e quindi, a maggior ragione, si potrà estinguerlo in tutto od in parte per via di compensazione. La ragione per la quale non è ammissibile nemmeno la compensazione legale dopo la dichiarazione di fallimento è la inesigibilità del credito verso il fallito.

Per risolvere quindi la proposta questione, che non è certo di facile soluzione di fronte ai principii generali di diritto ed alle disposizioni di legge, bisognerà vedere se il credito verso colui che ottenne la moratoria sia, oltrechè liquido, anche esigibile.

È inutile ogni indagine sulla capacità del fallito o del morato, perchè la compensazione *ope legis* non richiede nè capacità di dare, nè capacità di ricevere nelle persone tra cui interviene; basta che i crediti da compensare sieno omogenei, esigibili, liquidi e reciproci.

È bensì vero che la condizione del fallito è ben diversa da quella di colui che ottenne la moratoria, perchè la legge, se limita in qualche modo la sua facoltà di amministrare, pur tuttavia gli lascia, oltre la capacità personale e la proprietà del patrimonio, anche il possesso di questo ed anzi l'obbliga a pagare i suoi debiti durante la moratoria. Ma la facoltà lasciata al debitore di pagare i creditori anche prima che scada il termine della moratoria non esclude la inesigibilità dei crediti durante la moratoria. La legge non libera il debitore dall'obbligo del pagamento, anzi gli impone di pagare tutto e tutti prima che la moratoria scada, ma lo tutela contro le azioni e gli atti coercitivi durante

tutto il termine concesso, appunto perchè si volle che durante il termine stesso ogni credito sia inesigibile. La legge, richiedendo per la compensazione necessaria due crediti esigibili, esclude quelli sprovvisti di azione, e quelli menomati da eccezioni perentorie ed anche dilatorie (Giorgi, *Obbligazioni,* VII, n. 14).

L'esigibilità non si concilierebbe col divieto legale d'ogni azione e d'ogni atto coercitivo. Ammetto che l'art. 824, nel quale sono elencati gli effetti della moratoria, debbasi interpretare restrittivamente perchè trattasi di *jus singulare;* ma non si potrà giungere fino al punto da escluderne l'applicazione al caso in esame. Sebbene quell' articolo parli soltanto di azioni e di atti di esecuzione e non di eccezioni, non si può ritenere che non sia perciò contemplato da quell' articolo il pagamento per via di compensazione. Fu sempre molto controverso se la compensazione in genere sia un'eccezione oppure una domanda riconvenzionale. I pratici ci hanno veduto un misto dell'una e dell'altra (Giorgi, *Obbligazioni,* VIII, n. 90).

Sieno o no comprese nel divieto dell'art. 824 Cod. comm., anche le *eccezioni,* è certo che non si potrà ammettere la compensazione legale in moratoria, perchè la moratoria rende inesigibili i crediti, appunto perchè l'art. 824 interdice ogni azione ed ogni atto esecutivo. Per la compensazione *ope legis,* che equivale ad un reciproco pagamento coattivo fatto per imputazione legale di un debito nell' altro, la dottrina e la legge esigono come condizione imprescindibile che i due debiti sieno egualmente esigibili. — Quantunque il termine della moratoria che costituisce ostacolo all'esazione non sia permanente, ma scompaja col tempo, non distrugga, nè renda incerto il credito, ma ne procrastini soltanto la

esazione, quantunque il termine sia *certus an,* pure, dando esso luogo all'eccezione dilatoria, impedisce la compensazione. *Quod in diem debetur non compensabitur, antequam dies venit quamquam dari oporteat* (L. 7 ff. *De compens*).

Il termine di grazia non è d'ostacolo alla compensazione, ma il termine che si concede colla moratoria non è un termine di grazia; non è accordato dal giudice, ma dalla legge date certe condizioni e determinate guarentigie (vedi n. 21). Dunque, secondo la nostra legge, il creditore, il cui credito scadesse dopo che al debitore fu concessa la moratoria, non potrebbe opporre all'azione di quest'ultimo l'eccezione di compensazione legale, ed essendo credito a termine sospensivo o dilatorio dovrebbe pagare il suo debito senza poterlo compensare col credito che è inesigibile per effetto della moratoria stessa.

Ma questa, che è pure la soluzione giuridica della questione secondo i principii generali di diritto e della legge vigente, non ci sembra essere la soluzione la più rispondente alla natura speciale ed allo scopo della moratoria. Se questa non costituisce un termine di grazia, perchè rappresenta non solo un vantaggio al commerciante imbarazzato, ma anche un vantaggio pei creditori, inquantochè evita loro i danni che dalle disastrose esecuzioni individuali degli altri creditori o da un' intempestiva dichiarazione di fallimento potrebbero risentire, e perchè non è in arbitrio del giudice o dei creditori il concederla o no; non è però men vero che alla regola dell'esigibilità dei crediti per la compensazione sarebbe opportuno sottrarre anche il termine concesso colla moratoria, sebbene non sia termine di grazia; perchè nella moratoria concorrono le stesse ragioni per le quali le dilazioni gratuite non sono di ostacolo alla

compensazione. La dilazione, se anche non è accordata dal giudice, ma dalla legge, se anche non dipende dall'arbitrio di chi la concede, ma dal concorso di determinate circostanze, quando, come si verifica nella moratoria, venga concessa al debitore a causa dell'impossibilità o della grandissima difficoltà di soddisfare il suo debito, non v'è più ragione di sospendere l'adempimento dell'obbligazione dal momento che questa può facilmente effettuarsi per via di compensazione. La moratoria si concede perchè il debitore non può pagare i suoi debiti; ma il pagamento diventa la cosa più facile del mondo quando il pagamento può effettuarsi senza che il debitore paghi cosa alcuna. Ciò avrebbe dovuto e dovrebbe consigliare il legislatore a dichiarare esplicitamente che la moratoria o la procedura di concordato preventivo non è di ostacolo alla compensazione legale.

Sia nella moratoria che nel concordato preventivo la legge, rendendo pel momento inesigibili i crediti, ha per intento solo di impedire tutti gli atti e le esecuzioni che possano costituire ostacolo ad una amichevole e tranquilla liquidazione del patrimonio e ad impedire che i creditori i più solleciti ed i più furbi si procurino vantaggi speciali a danno degli altri; ma, a tale intento, non occorre comprendere tra gli atti vietati la compensazione legale, la quale non intralcia, ma anzi agevola la liquidazione stessa, permettendo di cancellare dall'attivo e dal passivo le partite che si compensano senza bisogno di trapasso di denaro e senza spesa; nè presenta, come la compensazione convenzionale, alcun pericolo di collusione.

# TITOLO VII.

## ACCORDO AMICHEVOLE E CONCORDATO PREVENTIVO

**195.** La legge vigente lascia alle parti interessate la facoltà di regolare durante la moratoria i loro rapporti nel modo che credono migliore, poichè stabilisce che, se durante la moratoria abbia luogo un accordo amichevole con tutti i creditori, le relazioni ulteriori fra questi e il debitore si regolano secondo la convenzione (art. 825 Cod. comm.). Ciò sembra in contraddizione coll'ordine del tribunale al debitore di far constare entro il termine della moratoria di aver soddisfatto tutti i suoi debiti scaduti o di aver ottenuto dai creditori dilazione ai pagamenti (art. 822 n. 2 Cod. comm.). Ma l'apparente contraddizione svanisce se si rifletta che anche la novazione e la rimessione sono annoverate tra i modi coi quali si estinguono le obbligazioni (art. 1236 Cod. civ.). La legge non poteva e non doveva esigere il pagamento di tutti i debiti; dovea tenersi paga di un modo qualunque di estinzione dei debiti, non essendovi ragione di ordine pubblico che esiga l'ingerenza del legislatore in

rapporti di privato interesse; il voto della legge è raggiunto quando il debitore in un modo qualunque ha soddisfatto tutti i creditori.

**196**. La Commissione legislativa che compilò il progetto del Codice vigente diceva: « E siccome anche nei casi di moratoria devesi agevolare l'accordo amichevole fra i creditori ed il debitore, come il miglior mezzo per regolare ogni difficoltà, la legge deve prevedere il doppio caso che l'accordo possa ottenersi coll'adesione di tutti i creditori, o che le pretese di uno o più creditori opponenti minaccino di render vano un accordo assentito da una forte maggioranza. Nel primo caso il concorso di tutti gli interessati può liberamente regolare in qualunque tempo i rapporti reciproci nel modo che essi riputeranno più opportuni, e l'accordo conchiuso deve essere unica norma dei loro rapporti ulteriori col debitore. Ma qualora non tutti siano assenzienti all'accordo, una maggioranza non potrebbe regolarmente costituirsi senza una previa regolare liquidazione dei crediti. Se perciò si richiedessero tutte le condizioni che sono stabilite in materia di fallimento, la possibilità di mettere in essere un accordo sarebbe resa assai problematica. Perciò la Commissione reputa che, mentre si concede al voto di una maggioranza di creditori che rappresenti almeno due terze parti del passivo, la facoltà di mettere in essere l'accordo, qualora gli assenzienti assumano, insieme col debitore, le conseguenze di una lite coi dissenzienti ed eventualmente il pagamento integrale dei loro crediti, sia conveniente di non definire il modo, nel quale, a seconda dei casi, l'esistenza della maggioranza potrà essere constatata » (*Verb.*, n. 923).

Questi sono i motivi che indussero il legislatore a det-

tare nell' articolo 825 che: « l'accordo può anche validamente stipularsi colla sola maggioranza dei creditori che rappresenti almeno i tre quarti del passivo, purchè i creditori assenzienti assumano, insieme col debitore, le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti ed, ove occorra, l' intiero pagamento dei loro crediti ».

Questa infelice disposizione, il cui senso non è punto chiarito dai malaugurati lavori preparatori, ha fatto sorgere la questione se ed a quali condizioni i creditori, i quali non intervennero o si opposero all'accordo amichevole, debbano subire la legge della maggioranza assenziente.

Il Tribunale e la Corte d' appello di Torino (sentenza 14 aprile e 24 luglio 1891, in causa Papa c. Banca Nazionale), ritennero che il legislatore, con quell' articolo, rendendo omaggio alla maggioranza dei creditori assenzienti, abbia voluto, per analogia a quanto è prescritto nel caso di concordato, dare la prevalenza ai voleri di questa coll'accordare al debitore i beneficii di cui gli articoli 823 e 824 dello stesso Codice, rendendo però responsabili detti creditori assenzienti, verso i creditori dissenzienti, di quello stato di solvenza del debitore che essi affermarono implicitamente sussistente coll' accordare la moratoria ed i benefici alla medesima inerenti nel caso in cui detto stato di solvenza si fosse verificato non esistente dietro la liquidazione del fallimento, e che ciò viene a render ragione delle parole usate in detto capoverso *ove occorra.* Si ritenne: che queste parole non possono alludere ad altro che all' eventualità che il patrimonio del debitore non sia sufficiente al pagamento di tutti i creditori; che ciò induce per conseguenza che i creditori dissenzienti debbano ritardare l'esazione dei loro crediti dai creditori assenzienti fino all'esito

della liquidazione; che sarebbe stato inutile il capoverso dell'art. 825 se i creditori assenzienti dovessero tosto effettuare ai creditori dissenzienti l'intiero pagamento dei loro crediti, poichè anche senza la maggioranza dei tre quarti, si sarebbe potuto addivenire ad un accordo col debitore, mediante pagamento dei creditori dissenzienti e surrogazione nei diritti di costoro a sensi del n. 2 dell'art. 1252 Cod. civ.; che non si saprebbe in che consistesse la validità dell'accordo previsto da detto capoverso, il quale può anche stipularsi colla sola maggioranza dei creditori che rappresentino almeno i tre quarti del passivo, quando il medesimo non avesse per effetto di obbligare anche i dissenzienti; che perciò devesi considerare la predetta obbligazione degli assenzienti subordinata alla condizione che i dissenzienti non possano conseguire i loro crediti dal debitore in moratoria per deficienza di attivo; e che quindi la minoranza debba aspettare i risultati della liquidazione prima di esercitare quelle azioni individuali che l'art. 825 le riserva.

E questa interpretazione ottenne anche il plauso della Corte d'appello di Torino (decisione 24 luglio 1891, in causa Papa contro Banca Popolare di Torino) e della Cassazione di Torino (sentenza 29 luglio 1892, in causa Gigli c. Banca popolare), la quale osservava che lo scopo propostosi dal legislatore collo stabilire che l'accordo amichevole si possa stipulare validamente anche colla sola maggioranza dei creditori non si potrebbe raggiungere se non coll'imporne l'osservanza ai dissenzienti, obbligandoli a rispettare la convenzione fino a che questa non sia modificata, risolta od annullata per autorità di cosa giudicata; che non può dirsi che in tal modo i diritti della minoranza

siano abbandonati senza tutela alla discrezione ed al volere della maggioranza, perocchè la condizione apposta alla validità dell'accordo, ossia l'obbligo fatto a questa di assumere insieme col debitore le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti ed, ove occorra, l'intiero pagamento dei loro crediti, costituisce una garanzia a favore di costoro, che nella responsabilità solidaria delle maggioranze trovano il corrispettivo del vincolo ad essi imposto nel voluto interesse comune del debitore e dei creditori.

Aggiunge la Cassazione torinese: che questa condizione, richiesta a rendere obbligatorio l'accordo anche pei dissenzienti è nuovo argomento a dimostrare che la minoranza non può ad esso contraddire finchè sussiste la convenzione, contro la quale ha però facoltà d'insorgere in base al diritto comune ed in difesa di ragioni che si fossero disconosciute, perocchè la concessione di una garanzia straordinaria, quali sono le speciali obbligazioni che si assumono dalla maggioranza, non può essere giustificata che dall'obbligo della minoranza di rispettare ed osservare quella convenzione come se l'accordo avesse avuto luogo con tutti i creditori; e che, interpretando diversamente l'art. 825, non si raggiungerebbe gli intenti della moratoria, tra i quali vi è anche quello di facilitare durante la moratoria gli accordi amichevoli e le convenzioni estragiudiziali, e si sarebbe condotti inoltre alla conseguenza di dover ritenere che collo stesso articolo di legge siasi sanzionata una disposizione ed autorizzato in pari tempo a violarla.

Anche il Tribunale e la Corte d'appello di Roma (sentenza 27 giugno e 2 agosto 1894, in causa Mazzaroni c. Credito Mobiliare) ritennero che il legislatore abbia voluto che l'accordo stipulato dalla maggioranza fosse obbligatorio

anche pella minoranza, osservando che la condizione degli obblighi imposti ai creditori assenzienti, costituisce una facilitazione che sarebbe stata superflua e contraria allo spirito ed alla lettera della legge e di ingiusto aggravio agli assenzienti ed al debitore, quando si volesse ritenere il contrario avviso, che cioè i dissenzienti non sieno tenuti a stare all'accordo della maggioranza.

Di contrario avviso furono il tribunale di Genova (sentenza 16 aprile 1895, in causa Economia Operaia contro Banca popolare di Genova) e quello di Milano (sentenza 16 aprile 1895, in causa Ferrovie Nord Milano c. Banca Generale), i quali ritennero che a moratoria finita, i dissenzienti possano, volendo, pretendere dai creditori assenzienti anche l'integrale pagamento dei loro crediti.

Su questa grave questione, a nostro avviso, non fu ancora detta l'ultima parola!

Non bisogna dimenticare che si tratta d'interpretare una legge mal fatta, una legge che, secondo l'avviso di *tutti* i commentatori è piena, zeppa delle più flagranti contraddizioni; quindi l'interpretare la legge con l'aiuto della legge non è forse il sistema migliore; in questo caso speciale l'articolo 825 deve invece, a mio avviso, essere interpretato isolatamente.

È bensì vero che il legislatore, sia per la moratoria che precede il fallimento, sia per quella che lo sussegue, volle, come condizione essenziale, la solvibilità del debitore; ma è altrettanto vero che uno dei principali intenti della moratoria, ed anzi l'intento, forse più pratico di tutti gli altri, è quello di facilitare, durante la moratoria, gli accordi amichevoli ed estragiudiziali, pei quali la legge non ha voluto imporre limiti di nessun genere, lasciando libere le parti

di regolare i loro interessi nel modo che credono il più opportuno, lasciando piena libertà al debitore di definire i suoi rapporti coi creditori, sia pagando tutto e subito, sia ottenendo dilazione, sia riducendo ad un procento la somma dovuta.

Il pagamento è uno dei modi con cui si estinguono le obbligazioni; ma non è il solo. Anche la novazione e la rimessione sono annoverate tra quei modi (art. 1236 Cod. civ.); ed è assurdo il dire che nelle leggi che disciplinano e tutelano il commercio il legislatore abbia voluto con molto rigore provvedere e garantire che le obbligazioni commerciali sieno estinte soltanto mediante il pagamento, perchè la certezza e la garanzia di questo specifico modo di pagamento è la vita stessa del commercio. Ciò che interessa alla vita ed alla prosperità del commercio è il puntuale adempimento delle obbligazioni, e non un modo piuttostochè l'altro di estinguere le obbligazioni.

Il prof. Mortara (*Sull'interpretazione dell'articolo 825 Cod. comm. - Giurispr. ital.,* XLVI, parte IV, col. 187) ragiona in modo ben diverso; ma, a parer mio, il vizio del suo ragionamento, sta tutto nel non distinguere i casi nei quali l'autorità giudiziaria, senza il consenso dei creditori o contro il voto dei medesimi, concede o proroga la moratoria, da quelli nei quali i creditori consentono con libere convenzioni a definire i loro rapporti col debitore o mediante remissioni o mediante dilazioni. Nulla vi ha quindi di assurdo nel ritenere che, mentre per concedere la moratoria sia necessario che il debitore dimostri di poter pagar tutti e tutto, e che per prorogare la moratoria sia indispensabile che egli abbia pagato considerevole parte dei debiti, sia invece valido l'accordo amichevole, tanto nel caso, nel

quale i creditori abbiano assentito a prorogare la scadenza dei loro crediti, quanto in quello in cui abbiano aderito ad una riduzione dei crediti medesimi. Nè la legge nè il tribunale potrebbe sostituire la propria volontà a quella dei creditori dove trattasi di privato interesse. Un sistema diverso incoraggierebbe la frode ed indurrebbe i creditori a dichiarare d'essere stati pagati integralmente anche quando avessero aderito ad una riduzione. Le mille volte il creditore si adatta ad accettare un pronto dividendo anzichè assoggettarsi ad attendere i futuri risultati d'una liquidazione. È assurdo il pretendere che debbano essere gettati nel baratro del fallimento anche i creditori che abbiano tutti, nel loro interesse preferito di ridurre i loro crediti ad un procento determinato. — Ed è appunto perciò che la legge, pur richiedendo la solvenza, come condizione della moratoria, pur volendo che il debitore constati di aver pagati tutti i suoi creditori o di aver ottenuta una dilazione, pure esigendo per la proroga della moratoria che il debitore abbia pagata una parte considerevole dei suoi debiti, ha nel tempo stesso dichiarato che debba essere rispettata la convenzione, quali che sieno le condizioni della medesima, e che le relazioni ulteriori fra il debitore ed i creditori sieno regolate dai patti dell'accordo amichevole, senza distinguere se con quella convenzione si proroghino o si riducano i debiti. Occorrerà soltanto evitare il duplice inconveniente che la soverchia fiducia e condiscendenza di alcuni creditori verso il debitore rechino pregiudizio agli altri creditori meno fiduciosi e condiscendenti, e che la cocciutaggine e l'esagerata sfiducia di pochi creditori rechino pregiudizio ai più e rendano impossibile ogni accordo. Ed è perciò che la legge, dopo l'ipotesi che l'accordo si ot-

tenga coll'adesione di tutti i creditori, nel qual caso lasciò che il contratto fosse la legge delle parti, previde l'altra ipotesi che l'accordo si ottenga coll'adesione della sola maggioranza. Ed, in questo secondo caso, considerando, come diceva la Commissione, che *una maggioranza non potrebbe regolarmente costituirsi senza una previa regolare liquidazione dei crediti* (*Verb.*, n. 923) stabiliva che l'amichevole accordo sarebbe valido solo quando i creditori assenzienti assumano, insieme col debitore, le conseguenze di ogni lite coi dissidenti ed, ove occorra, l'intiero pagamento dei loro crediti senza richiedere *tutte le condizioni che sono stabilite in materia di fallimento*, e reputando *conveniente di non definire il modo, nel quale, a seconda dei casi, l'esistenza della maggioranza potrà essere constatata* (*Verb.*, n. 923).

Si dice che la legge non avrebbe imposto agli assenzienti obbligazioni di tal fatta se non avesse inteso di vincolare i dissenzienti alla legge della maggioranza. — A me pare più giusto il ragionamento inverso. Se la legge avesse costretto i dissenzienti a rispettare i patti accettati dalla maggioranza, non avrebbe avuto ragione alcuna per pretendere che gli assenzienti, insieme, col debitore, assumano di pagare all' occorrenza, l' intiero importo dei loro crediti.

Bisognerebbe dunque ammettere che l' accordo amichevole, consentito dalla maggioranza fosse obbligatorio anche pei dissenzienti solo quando nell'amichevole accordo i creditori si fossero limitati a concedere una semplice dilazione; e che non fosse obbligatorio pei dissenzienti quando si fossero col medesimo ridotti i crediti; ma, in tal caso, si arriverebbe all'assurda conseguenza che, mentre la legge ha voluto favorire gli amichevoli accordi durante la moratoria,

si finirebbe invece col difficultarli, poichè si metterebbero i dissenzienti in condizione migliore degli assenzienti, poichè il loro credito intiero verrebbe garantito, oltrechè dall'obbligazione del primo debitore che ottenne la moratoria, anche da quella di tutti i creditori assenzienti. E non v'è ragione alcuna di favorire gli accordi-dilazione e di osteggiare gli accordi-riduzione, poichè, ripetiamo, alla legge non può interessare che i rapporti privati tra creditori e debitori si definiscano in uno piuttostochè in altro modo.

L'accordo, anche se assentito soltanto dalla maggioranza, sarà valido agli effetti della chiusura del fallimento; ma non può essere valido per obbligare i dissidenti, quando è assentito da una maggioranza, che non è costituita in base ad una regolare verificazione dei crediti. Si chiuderà il fallimento; il debitore riprenderà tutta la sua indipendenza quanto all'amministrazione della sua sostanza; ma i creditori costituenti la maggioranza, che colla loro adesione all'accordo amichevole hanno, nel loro interesse, privato i creditori della minoranza dissenziente delle guarentigie che loro derivavano dallo stato di moratoria dovranno, insieme al debitore, rispondere di tutte le conseguenze delle liti ed anche, ove occorra, dell' intiero pagamento dei debiti verso i dissenzienti.

In moratoria, mancando una regolare verificazione dei crediti, i creditori non sono, come nel fallimento costituiti in una massa collettiva, per cui non può ritenersi che come il concordato consentito dalla maggioranza anche l'accordo amichevole sia stipulato nell'interesse della collettività e sia quindi obbligatorio per tutti.

Nè vale il dire che se questo fosse il significato dell'alinea dell'art. 825, il disposto di quell'alinea sarebbe stato

del tutto superfluo, in quanto i creditori assenzienti, interessati a stipulare l'accordo amichevole, anche senza speciale permesso della legge potrebbero disinteressare col pagamento integrale i creditori che si opponessero alla dilazione o alla riduzione.

Può darsi il caso che l'esercizio del commercio o dell'industria sia assunto da uno o più creditori o da estranei che anticipino i capitali necessari per pagar subito i creditori dissenzienti; ma più spesso succede che gli assuntori facciano assegnamento sul patrimonio del debitore, se non per ritrarre dal medesimo i mezzi per pagare i debiti, almeno per aver il patrimonio stesso nelle loro mani quale pegno per le obbligazioni che vengono coll'amichevole accordo ad assumersi verso i dissidenti.

La legge, nell'ipotesi dell'alinea dell'articolo 825 ed in omaggio al volere della maggioranza, costringe i dissenzienti a rinunziare pel momento a quella garanzia che loro competerebbe sui beni del debitore e che costituisce la garanzia comune (art. 1949 Cod. civ.) e ad accettare in sostituzione ed interinalmente l'obbligazione solidale del debitore e dei creditori assenzienti. Ecco tutto! In altri termini non vuole che per la cocciutaggine dei dissenzienti e senza vantaggio di chicchessia, ed anzi con danno di tutti, il patrimonio del debitore passi dalle mani di lui in quelle del curatore, e si inizi o si prosegua la costosa e lunga procedura del fallimento, quando la maggioranza dei creditori, assieme al debitore, assuma tutte le conseguenze delle liti e, occorrendo, anche l'integrale pagamento. Solo in tal modo i dissenzienti diventano disinteressati.

Ma da tutto ciò non deriva che i creditori dissenzienti debbano attendere l'esito della liquidazione successiva alla

moratoria. Una disposizione eccezionale, come quella del capoverso dell'articolo 825, non è suscettibile di interpretazione estensiva. Fuori dei limiti di quella disposizione si rientra nel campo del diritto comune. Appena chiusa la moratoria per mezzo del convegno amichevole i creditori che non vi hanno aderito hanno azione verso il debitore e verso i creditori assenzienti per ottenere l'integrale pagamento dei loro crediti. Nessuna legge hanno accettato che loro imponga di attendere o di ridurre i loro crediti. Se hanno assentito ad una riduzione non potranno pretendere di più; qui non è il caso d'invocare la legge dell'eguaglianza di trattamento dal momento che si ammette la eventualità anche del pagamento integrale; ma se non avessero aderito ad alcuna falcidia dei loro crediti potranno pretendere anche l'intiero pagamento dei loro crediti. — Ecco qual'è, a mio avviso, il significato della frase *ove occorra.*

La frase *ove occorra* non può riflettere il caso in cui il dissenziente abbia ottenuto l'annullamento del concordato; perchè, dato l'annullamento, i creditori assenzienti e dissenzienti, rientrano tutti nel primo esercizio dei loro diritti e allora al tribunale non resta altro a fare che dichiarare il fallimento. Sarebbe invero strano che i dissidenti conservassero in tal caso il diritto d'ottenere il pagamento integrale dei loro crediti! I creditori assenzienti che hanno, insieme al debitore, valutato il patrimonio e le future risorse del commercio o dell'industria del debitore, per assicurarsi l'adempimento del convegno amichevole da loro accettato, devono aver calcolato di poter cogli stessi mezzi o con altri pagare integralmente anche i creditori dissenzienti *ove occorra,* ossia quando non abbiano potuto indurre questi ultimi ad atten-

dere o a ridurre le loro pretensioni. — Ed è ragionevole che, in ogni caso, i creditori assenzienti, che sono venuti a speciali accordi col debitore, accordi speciali estranei ai dissenzienti, debbano assumere insieme al debitore, tutte le conseguenze di ogni lite coi dissidenti. Non sarà quindi lecito ai creditori assenzienti ed al debitore di eccepire che il patrimonio siasi assottigliato in conseguenza delle spese o del risultato finale di qualche litigio e ciò al fine di sottrarsi all'adempimento degli obblighi verso i dissidenti, ed al pagamento intiero *ove occorra* dei loro crediti. Suppongasi che grossa parte del passivo di chi ottenne la moratoria fosse costituita da un credito litigioso, che l'attivo superi di L. 5000 il passivo, e che la maggioranza, facendo assegnamento sulla vittoria della causa, abbia accettato di costituirsi in società col debitore per continuare il suo commercio. Supponiamo che perduta la causa, il passivo aumenti per modo che l'attivo rappresenti solo il 60 % del passivo. I dissenzienti avranno ciò nondimeno diritto di esser pagati, *ove occorra* anche integralmente, perchè le conseguenze di quella lite furono assunte per legge, insieme al debitore, dai creditori assenzienti. Se questi ultimi non voleano correre le sorti della lite e della liquidazione del patrimonio del debitore, non doveano aderire all'accordo amichevole e dovevano lasciare che colla procedura del fallimento si regolassero le sorti del patrimonio del debitore, che era la garanzia comune dei creditori. I creditori assenzienti, d'accordo col debitore, ponendo fine alla moratoria ed evitando la apertura o la continuazione del fallimento ed assumendo il patrimonio ed il commercio del fallito, vengono ad assumere tutti i pesi relativi, i quali, se scaduti, devono essere pagati subito, ed, occorrendo, integralmente, anche senza

attendere i risultati della liquidazione, che non riguarda i creditori dissenzienti. Questo è, a mio avviso, il significato della legge.

I creditori assenzienti col fatto stesso di aver accettato l'accordo amichevole, quand'anche costituiscano la duplice maggioranza di numero e di somma voluta dalla legge, non assumono però *implicitamente*, verso i non assenzienti, le obbligazioni di cui all'articolo 825 Codice di commercio. Il contrario non sarebbe giuridicamente sostenibile, perchè o queste si risolvono in una fideiussione, e devono essere contratte in modo espresso, o si traducono in vere obbligazioni solidarie, assunte dai creditori assenzienti insieme al debitore e pure queste non si possono presumere ma devono essere stipulate *espressamente* (Trib. di Livorno, sentenza 16 aprile 1895, in causa Economia Operaia contro Banca popolare di Genova). Quindi l'accordo stipulato colla sola maggioranza non estinguerà la moratoria, non eviterà il pericolo della dichiarazione di fallimento, e non costituirà ostacolo alla eventuale dichiarazione di fallimento, se nell'accordo gli assenzienti non avranno espressamente assunto, insieme col debitore, le conseguenze di ogni lite coi dissidenti, ed, ove occorra, l'intiero pagamento dei loro crediti.

**197**. L'accordo amichevole coi creditori durante la moratoria, sia dopo che prima della dichiarazione di fallimento, deve risultare da scrittura che non può essere supplita dalla prova testimoniale che nei soli casi nei quali è permessa, secondo il Codice civile (art. 53 Cod. comm.). Col pretendere, come vorrebbe il Tartufari (op. cit., n. 184), l'atto pubblico o l'autenticazione delle firme, non si interpreta la legge, ma si aggiunge alla medesima ciò che essa

non prescrive. La prova indiscutibile della verità delle firme nella convenzione non è anticipatamente richiesta anche per molti altri atti di non minore importanza, pei quali la legge si limita a richiedere un semplice scritto (art. 87, 238, 420, 547 e 590 Cod. comm.), mentre la legge quando volle l'atto pubblico e la scrittura con autenticazione di firme lo ha detto esplicitamente (art. 87 capov., 220 e segg. Cod. comm.).

Per l'accordo amichevole non si può richiedere che la prova scritta. — La Corte d'appello di Firenze (Decisione 11 dicembre 1894, in causa Mosca-Bazzi) diceva che « ciò si deduce in modo non dubbio dalla lettera e dallo spirito dell'articolo 825 del Codice di commercio, il quale, non essendovi incompatibilità per il successivo articolo 827, è applicabile anche alla moratoria che siasi chiesta ed ottenuta prima della dichiarazione di fallimento, e adopera il verbo *stipulare*, che si usa appunto nel senso di ridurre in iscritto una convenzione; dispone poi lo stesso articolo 825 che, avendo luogo un accordo amichevole durante la moratoria, le relazioni ulteriori fra i creditori ed il debitore si regolano secondo la convenzione; che questo accordo può stipularsi validamente colla sola maggioranza dei creditori che rappresenti almeno i tre quarti del passivo, purchè i creditori assenzienti assumano insieme col debitore le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti e, ove occorra, l'intiero pagamento dei loro crediti. Non è quindi possibile immaginare che in cosa di pubblico interesse la legge abbia voluto permettere che obbligazioni così gravi e complesse si potessero assumere verbalmente e provarsi poi col mezzo incerto e pericoloso di un esame testimoniale. »

Anche la Corte d'appello di Lucca (Decis. 1 marzo 1895, in causa Simonelli-Verrando) decideva: « che il giudice delegato prima, e quindi il tribunale, nel pronunziare sulla domanda di chiusura della moratoria, aveano il rigoroso dovere di portare il loro esame sul concordato, invece di affidarsi senz'altro, come fecero, alle attestazioni ed agli apprezzamenti di persone, altronde rispettabilissime, dappoichè il magistrato deve sempre giudicare lui *secundum acta et probata*, in ispecie quando ci va di mezzo l' interesse del terzo; che anche la parte opponente, oggi appellata, avea ed ha incontestabile diritto di leggere ed esaminare il concordato per valutarne la legalità e l'efficacia ed ha ragione di vedere non respinte le sue deduzioni, ogni qualvolta la parte appellante si astiene dallo smentirle, come facilmente potrebbe se tutto fosse proceduto con piena legalità e regolarità, mercè la produzione del controverso documento, il cui contenuto la Corte anche oggi completamente ignora; che infine la sentenza di cessazione della moratoria è manifestamente illegale ed ingiusta, perchè basata su fatti contestati e non legalmente provati. »

**198.** Potrà il debitore consentire vantaggi particolari a certi creditori? potrà loro concedere privilegi non riconosciuti dalla legge?

È certo che in materia di fallimento è continua e manifesta la preoccupazione del legislatore di conservare l'eguaglianza assoluta fra i creditori, quando fra essi non vi sieno cause legittime di prelazione; ma in materia di moratoria la legge non ha introdotto alcuna restrizione al diritto delle parti di convenire tutto ciò che a lor piaccia. Il debitore, quando non riesca a tacitare tutti i creditori indistintamente, non potrà assicurare convenzionalmente un

privilegio all'uno o all'altro dei creditori; ma nulla interdice a questi di rinunciare, per speciali considerazioni, in tutto od in parte ai loro diritti, per modo che il debitore possa consentire vantaggi speciali ad altri.

Queste clausole eccentriche sono, d'altra parte, di rado rese note ai creditori, dai quali ottengono falcidie o proroghe, e che non accetterebbero se sapessero che ad altri fossero state concesse condizioni più vantaggiose. Ma queste, ciò non ostante, sono perfettamente legali, se tutti gli altri creditori furono in uno o in altro modo informati che alcuni creditori sieno stati trattati in modo migliore degli altri.

**199.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo stabilisce che ogni patto che accordi preferenze a singoli creditori è nullo (art. 17, alin. ult.); e la relazione (pag. 74) ci avverte che: « si tratta di nullità radicale, anche di fronte al fallito, giacchè tale è la sorte di tutte le contravvenzioni vietate dalla legge: *Ogni apparente e simulato sollievo a favore di particolari creditori, si ripercuote a danno dei creditori onesti e leali* (Cassazione di Torino, 25 aprile 1894, est. Nicolai; *La Giurisprudenza*, 1894, pag. 590), quindi, indipendentemente dall'esistenza di un reato, nessuna considerazione di persone può influire, sotto pena di nullità, ad alterare la eguaglianza di trattamento dei creditori. » Però il progetto stesso a questa regola introduce un'eccezione ed ammette la possibilità di un trattamento di favore a certe categorie di crediti, in considerazione della loro indole o del loro ammontare, purchè la relativa proposta sia partecipata ai singoli creditori dieci giorni almeno prima della deliberazione del concordato, ritenendo che « nell'innumerevole diversità dei casi sia giusto od anche solo con-

veniente assegnare un trattamento di favore a certe categorie di crediti in considerazione della loro indole, ad esempio se derivano da prestazioni personali di chi vive alla giornata del frutto dell'opera propria, o del loro ammontare, se ad esempio trattisi di crediti di così modesto importo che una riduzione li renderebbe derisori. »

**200**. Ma, a mio avviso, non vi era ragione di far simile eccezione dal momento che si esigeva la condizione che i creditori abbiano sempre speciale notizia della proposta dieci giorni almeno prima della deliberazione del concordato; perchè questa condizione legittimerebbe il trattamento di favore a beneficio di chiunque e senza considerazione all'indole ed all'ammontare del credito favorito; poichè non si può annullare il patto che accordasse preferenze ai singoli creditori, se non ostante la notificazione di questo patto a tutti gli altri creditori, il concordato viene approvato da tutti o dalle maggioranze legali dei creditori non favoriti.

Una legge, la quale ammette che la maggioranza possa imporre alla minoranza una remissione qualsiasi anche dell'ottanta o del novanta per cento non può certo farsi scrupolo nell'ammettere che la stessa maggioranza possa imporre alla minoranza la concessione di un privilegio per uno o più crediti.

**201**. L'accordo in moratoria che sussegue la dichiarazione di fallimento deve essere omologato, perchè la legge esplicitamente lo esige, e perchè, in tal caso, l'accordo produce gli effetti del concordato quanto alla chiusura del fallimento (art. 825 Cod. comm.).

Il dubbio sorge quanto all'accordo in moratoria precedente la dichiarazione di fallimento.

Nei primi anni di vita del vigente Codice di commercio il Tribunale di Livorno (sentenza 28 marzo 1894, in causa Modigliani) e quello di Venezia (sentenza 11 maggio 1885, in causa Franckel) ritennero che l'amichevole componimento dell'art. 825 non abbia bisogno della omologazione, perchè da quell'articolo la necessità dell'omologazione vien limitata all' accordo conchiuso *dopo la dichiarazione di fallimento* e perchè nel capoverso ultimo dello stesso articolo è detto che l'accordo dev'essere omologato dal tribunale *se già vi fu dichiarazione di fallimento,* l'inesorabilità della logica costringendo a ritenere come una simile necessità non si presenti quando una tale dichiarazione peranco non avvenne. E lo stesso avviso recentemente espressero i tribunali di Genova (sentenza 16 aprile 1895, in causa Economia Operaia c. Banca Popolare di Genova) e di Milano (sentenza 16 aprile 1895, in causa Ferrovie Nord Milano e Banca Generale).

Non ostante i dubbi, che sorgono dalla lettera dell'articolo 825, a me sembra impossibile l'escludere l'intervento del tribunale non solo per la constatazione (vedi n. 139) ma anche per l'omologazione dell'accordo amichevole nel caso che l' accordo sia intervenuto nella moratoria concessa prima della dichiarazione di fallimento; perchè essendo questa moratoria regolata dalle disposizioni stesse, non incompatibili, che regolano la moratoria susseguente la dichiarazione di fallimento (art. 827, penult. alin. Cod. comm.) anche per questa il tribunale, concedendola, deve ordinare al debitore di far constare, entro il termine della medesima, di aver soddisfatto tutti i suoi debiti scaduti o di aver ottenuto dai creditori dilazione al pagamento (art. 822 n. 2 Cod. comm.); e perchè se non è constatato che il debitore

tacitò tutti i suoi creditori nel termine della moratoria il tribunale dovrebbe dichiarare il fallimento (art. 822 e 823 ult. alin. Cod. comm.). È evidente quindi che il dettato stesso della legge contempla un pronunciato dell'autorità che ponga fine e chiuda il procedimento della moratoria, e che riconosca l'adempimento degli obblighi imposti a colui che ottenne la moratoria, tanto più che può sorgere anche contestazione con qualche creditore sulla esattezza del detto adempimento.

La Corte di Genova (Decisione 27 luglio 1895, in causa Credito Mobiliare-Borgognone) diceva: « Nella pratica infatti è costante che il Tribunale delibi l'accordo, e ne faccia sostrato alla chiusura della moratoria, e verrebbe meno al delicato ufficio di magistrato, se altrimenti si comportasse, in quantochè, all'infuori delle ipotesi di un pagamento integrale dei passivi o di una delle due forme di convenzione previste nell'articolo 825 Cod. comm., il Tribunale, allo scadere della moratoria, non avrebbe altro compito all'infuori di quello di dichiarare il fallimento del debitore morato. »

È necessario quindi che la stessa autorità giudiziaria, la quale concesse la moratoria a termini di legge possa riconoscere e riconosca se il debitore abbia adempiuto agli obblighi dalla legge creatigli, ovvero se siasi verificato il caso contemplato dal capoverso dell'articolo 826 e debbasi quindi pel disposto di questo capoverso e dell'ultimo alinea dell'articolo 827 far luogo alla dichiarazione di fallimento.

L'instituto della moratoria, specialmente se questa è concessa prima della dichiarazione di fallimento, è stato adottato, come giustamente osservava la Corte d'app. di Lucca (sent. 1 marzo 1895, in causa Simonelli-Verrando) non nel

solo interesse del commerciante insolvente e non insolvibile; « è stato pure suggerito e codificato nell' interesse generale del commercio, cui giova evitare le scosse e i disastri dei fallimenti, e in quello ben pure degli stessi creditori, cui talora può tornare utile il riscuotere in tempo più o meno breve l'intero credito, anzichè l'incassarlo non presto e verosimilmente in parte soltanto, assottigliato dalle spese, spesso rilevanti e talvolta assorbenti del fallimento. Alte ragioni di moralità e la legittima tutela degli interessi dei creditori pertanto esigevano non solo d' imporre degli obblighi speciali al debitore morato, ma reclamavano eziandio che della perfetta osservanza degli obblighi stessi egli dovesse far constare all'autorità giudiziaria. Quindi la imprescindibile necessità di una sentenza, che, *in tutti i casi di moratoria, sia anteriori, sia posteriori alla dichiarazione di fallimento,* proclamasse esattamente osservati dal morato gli obblighi statigli imposti, e lo prosciogliesse in conseguenza dai vincoli della moratoria. »

« L' interesse dei creditori — aggiunge la stessa Corte — apparisce evidente se si rifletta che dovendo essi, tutti indistintamente, sottostare alle deliberazioni della maggioranza, conforme, dopo qualche fluttuanza, ormai afferma, a buon diritto, la giurisprudenza, la condizione dei creditori in minoranza può essere peggiorata, costringendoli la maggioranza, mediante un concordato per avventura illegale ed invalido, a riscuotere tardi i loro crediti già scaduti, e magari a vederne compromesso l'incasso da un'improvvida restituzione *in integrum* del loro debitore, operata col proscioglierlo immeritatamente dalla moratoria, che se sospendeva l'esercizio dei loro diritti, era però misura efficace a salvaguardarli e difenderli. »

Dissi, e non a caso, che la constatazione dell'adempimento degli obblighi e l'omologazione devono effettuarsi dalla stessa autorità giudiziaria che concesse la moratoria a termini di legge.

Non posso quindi condividere l'opinione manifestata dalla Corte d'appello di Firenze (Decisione 11 dicembre 1894, in causa Mosca Bazzi), la quale ritenne che, se non è nel caso necessaria l'omologazione del tribunale, l'accordo intervenuto coi creditori debba però essere in ogni modo comunicato al giudice delegato, sotto la cui direzione, secondo l'articolo 823, dovevano compiersi tutte le operazioni della moratoria.

Nè, per gli stessi motivi, posso far plauso alla decisione della Cassazione di Napoli (sent. 22 maggio 1894, in causa Martin Lon-Corradini) la quale ritenne che il giudice delegato abbia facoltà di dichiarare cessato lo stato di moratoria, perchè, com'essa dice, la legge con lo stesso articolo 827 dinota la nomina a farsi del delegato, e nessuna disposizione vieta allo stesso di dare i provvedimenti e dichiarare che lo stato di essa sia cessato quando le condizioni dalla legge prescritte si fossero tutte adempite.

« Nè in fatto di competenza — aggiunge quella Corte Suprema — è lecito statuirne ove la legge non le statuisce. Nè può parere strano che simili poteri si concedano al delegato, perchè trattandosi di semplici verifiche di adempimento di condizione di fatto, non v'era ragione per delegare il tribunale a riscontrarle e non piuttosto il giudice delegato che pur troppo e per cose anco più importanti interviene nelle operazioni di fallimento. » — Ma questi argomenti non possono convincere; saranno ottimi *de jure condendo*, ma non giustificano la strana interpretazione della

legge. Appunto perchè in fatto di competenza non è lecito statuire ove non statuisca la legge, non si può riconoscere nel giudice delegato una giurisdizione non attribuitagli espressamente dalla legge, e cioè di riconoscere l'esatto adempimento degli obblighi del debitore, che può implicare anche il giudizio sulle contestazioni di qualche creditore; questo non può essere mandato di chi non è delegato che alla sorveglianza; e se si deplora che la legge espressamente gli affidi funzioni anche più importanti, tanto meno vi ha ragione di adottare una interpretazione estensiva dei limiti stabiliti dalla legge al suo mandato. Se si ammette che il giudice delegato abbia facoltà di dichiarare cessato lo stato di moratoria, si dovrà ammettere necessariamente ch'egli possa dichiarare anche il contrario, e quindi riconoscere in lui anche la facoltà di dichiarare il fallimento (art. 826 e 827 ult. alin. Cod. comm.). Ed in tal modo non si arriva forse all'assurdo? La stessa autorità che ha concesso la moratoria e non altra dovrà dunque riconoscere se il debitore abbia o no tacitati tutti i suoi creditori (Corte d'appello di Genova 22 dicembre 1892, in causa Conradin-Noceti e Zanutta).

**202.** Il tribunale, chiamato ad omologare l'amichevole accordo, sia agli effetti della chiusura del fallimento, sia per giudicare se sia cessato lo stato di moratoria o se si debba invece dichiarare il fallimento, deve accordare o rifiutare l'omologazione; ma non potrà modificare l'accordo, tanto se col medesimo si consenta una semplice dilazione, quanto se si consenta ad una riduzione con o senza dilazione.

Non si arriva a comprendere come il Vidari (op. cit., 2ª ediz., n. 4901 e 3ª ediz., n. 8621) possa ritenere che

il tribunale, omologando, abbia facoltà di aggiungere o togliere una od altra condizione dell'accordo.

Questo è un vero contratto fra il debitore ed i suoi creditori, nel quale il tribunale non interviene che per darvi la sua sanzione o per opporre il suo veto, senza poterlo cangiare in benchè minima parte. Come ogni altro contratto, ha forza di legge per coloro che lo hanno fatto e non può essere revocato che per mutuo consenso dei contraenti o per cause autorizzate dalla legge (art. 1123 Cod. civ.). Questo accordo è e dev' essere opera personale ed esclusiva del debitore e dei suoi creditori, che soli hanno il diritto di discutere le proposte fatte, di modificarle, di correggerle e di aggiungervi condizioni, come hanno l'obbligo di eseguirlo e di conformarvisi in modo assoluto ed invariabile, tostochè l'accordo stesso sia regolarmente concluso, stipulato e omologato. Il tribunale non potrebbe modificarlo nemmeno sotto pretesto di interpretazione, perchè l' ufficio suo si limita soltanto a constatare se sieno state osservate le formalità prescritte dalla legge e se nulla ci sia di contrario all'ordine pubblico o all'interesse generale.

**203**. Anche il progetto definitivo sul concordato preventivo vuole che il concordato sia omologato dal tribunale; anzi è la sola omologazione, secondo il progetto, che lo rende obbligatorio per tutti i creditori inscritti o no negli elenchi (art. 26, alin. 1°).

« L'articolo 26, alin. 2° del progetto dispone — così la relazione (pag. 42) — che la sentenza di omologazione è titolo esecutivo contro il debitore e contro coloro che garantirono l'adempimento del concordato, a favore di tutti i crediti ammessi definitivamente o provvisoriamente senza opposizione o contro i quali le opposizioni sono state re-

spinte o abbandonate. Si tratta di crediti riconosciuti liquidi, anche se i loro attuali possessori si astennero dall'intervenire nella procedura (art. 10); quindi l'esecutorietà di tali crediti è una conseguenza del loro riconoscimento giudiziale. La sentenza di omologazione non è per essi il fondamento della esecuzione, ma la circoscrive, nel senso che la esecuzione deve effettuarsi in conformità del concordato tanto in confronto del debitore quanto dei fideiussori, i quali, garantendo il concordato, si posero senz'altro nell'identica situazione del debitore principale. I crediti contestati invece parteciperanno agli effetti del concordato in seguito al loro accertamento giudiziale (art. 27). A lor volta i creditori aventi una garanzia reale dovranno aspettare la scadenza normale dei loro crediti per poter procedere esecutivamente in confronto del debitore, giacchè, come più innanzi vedremo (pag. 52), la esigibilità legale di questi crediti, conseguente al decreto che convoca i creditori (art. 5, alin. 3°) mira unicamente a porli in condizione di tutelare gli interessi che hanno comuni coi creditori chirografari. Allorchè pertanto la procedura di concordato, a cui rimasero estranei, è ultimata, rivivono i termini convenzionali essendo cessato il motivo per considerare tali crediti come scaduti. »

**204**. Il primo effetto dell'omologazione dell'accordo amichevole, quanto al debitore, è indubbiamente anche secondo la legge vigente, quello di far cessare le incapacità relative dalle quali è colpito durante lo stato di moratoria. Il legislatore non ha creduto necessario di enunciare formalmente questa evidente effetto dell'accordo amichevole. Un'altra conseguenza dell'omologazione dell'accordo amichevole, sebbene anche su questa la legge vigente siasi

astenuta da ogni formale dichiarazione, ma che pure risulta dall' insieme delle sue disposizioni, è di sottrarre il debitore dal pericolo che il tribunale dia i provvedimenti per la continuazione della procedura di fallimento (art. 822 Cod. comm.) o dichiari il fallimento (art. 827, ult. alin. Cod. comm.).

Omologato l'accordo amichevole, il tribunale non ha più questa facoltà. Non potrà dichiarare il fallimento del debitore che solo quando questi, in seguito cessi di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali (art. 683 Cod. comm.), senza preoccuparsi della buona o mala fede che può aver presieduto nella stipulazione dell'accordo amichevole. Gli avvenimenti straordinari, impreveduti od altrimenti scusabili sono definitivamente constatati dalla sentenza, passata in cosa giudicata, di fronte al tribunale come di fronte ai creditori ed ai terzi, e non possono essere rimessi in discussione. Se il debitore adempie regolarmente alle obbligazioni assunte coll' accordo amichevole ed alle successive non potrà essere dichiarato in istato di fallimento per effetto della cessazione dei pagamenti precedente la moratoria, l'amichevole accordo o il concordato preventivo. Quanto poi al componimento amichevole successivo alla dichiarazione di fallimento, siccome la sua omologazione produce gli effetti del concordato quanto alla chiusura del fallimento (art. 825 Cod. comm.), il tribunale, omologandolo, potrà ordinare che sia cancellato il nome del debitore dall' albo dei falliti e che sia revocata la sentenza dichiarativa di fallimento per gli effetti penali.

Ma anche in questo caso, come nel concordato in fallimento, la cancellazione dall'albo e la rivocazione della sentenza dichiarativa del fallimento non potrà aver luogo che

dopo il completo adempimento degli obblighi assunti (articolo 839 Cod. comm.).

Il Vidari è di contrario avviso (*Corso di diritto commerciale*, n. 4903); egli sostiene che l'adempimento di cotesti obblighi risulta già dalla sentenza che omologa l'accordo; ma ciò non è, perchè questa sentenza constata l'accordo, non l'adempimento successivo degli obblighi assunti col medesimo. Se l'accordo a tali effetti equivalesse ad un pagamento, anche pel concordato si dovrebbe dir altrettanto. Il concordato, dice il Vidari, è un contratto giudiziale, mentre l'accordo è estragiudiziale. Anche se questa distinzione fosse esatta non sarebbero giuste le conseguenze che ne trae il Vidari. Applicando alla moratoria il disposto dell'articolo 839 non bisogna alterarne la lettera e lo spirito.

Il legislatore conferì al tribunale la facoltà di ordinare la cancellazione del nome del fallito dall'albo e la rivocazione della sentenza dichiarativa *dopo il completo adempimento degli obblighi assunti nel concordato,* non dopo l'adempimento degli obblighi precedenti. La condizione sospensiva fu imposta per eccitare il debitore ad adempiere esattamente ai nuovi impegni che egli si assume con quel contratto che viene omologato dal tribunale. E non v'è alcuna ragione di dimenticare quest'obbiettivo riguardo al componimento amichevole che si stipula durante la moratoria successiva alla dichiarazione di fallimento, quantunque l'accordo sia estragiudiziale.

**205**. Il progetto definitivo sul concordato preventivo non volle seguire l'esempio di altre legislazioni che, in materia di concordato preventivo, stabiliscono che in caso di ritorno a miglior fortuna debba il debitore pagare integral-

mente i suoi debitori. Questa clausola, che è d'uso nei concordati all'estero, e specialmente in Belgio, potrà essere inserita per spontanea iniziativa nelle parti, ma non è imposta nè dalla legge vigente nè dal progetto sul concordato preventivo. La sotto-Commissione compilatrice del progetto dice nella sua elaborata relazione (pag. 20): « Nemmeno parve conveniente accettare in massima di vincolare ai creditori insoddisfatti le aspettative ereditarie del debitore, e, peggio ancora, tener questo obbligato al pagamento integrale dei suoi debiti nel caso di ritorno a miglior fortuna, come sancisce la legge belga (art. 24). In ambedue le formule si racchiude un apprezzamento indeterminato, pregno d'investigazioni arbitrarie, sempre di dubbia e violenta esecuzione. Nè apparisce conforme alla mite e risolvente indole dell'istituto questa ripercussione lontana, sconfinata, dell'accordo sui diritti futuri, su eventuali profitti, se le parti non li hanno presi in considerazione, se i patti stessi del concordato rappresentano probabilmente il massimo sacrifizio che il debitore o i suoi parenti ed amici si imposero per conseguire la più completa libertà per l'avvenire. » E più oltre (pag. 40): « Il concordato esclude per altro in modo assoluto che il creditore possa aver diritto, per legge, a domandare il residuo abbandonato ove il debitore ritorni a miglior fortuna. Il residuo potrà considerarsi al più una obbligazione naturale. Se il debitore paga non compie una liberalità, ma estingue un debito, nè può ripetere il pagato (Dernburg, *Pandekten*, 3ª ed., II, § 5 n. 5). L'effetto giuridico che si collega pertanto al concordato è sinteticamente questo: di ridurre i creditori o di costituire una modalità di pagamento che vincola nel futuro creditori e debitore ed esclude ogni ulteriore pretesa da parte dei

medesimi. » (Keller, *Der Nachlassvertrag ausser Concurs nach dem Schweizerischen Bundesgesetze über Schuldbetreibung und Concurs.* Zürich, ed. Schulthess, 1891, pag. 103).

**206**. Le ragioni adotte dalla sotto-Commissione compilatrice del progetto potrebbero, a mio avviso, essere accettabili, se per la validità del concordato preventivo si richiedesse il consenso di tutti i creditori; ma dal momento che la maggioranza si impone alla minoranza, i diritti di quest'ultima devono essere protetti efficacemente, e non mi pare equo obbligare quelli che subiscono la legge della maggioranza a rinunciare all'integrale pagamento dei loro crediti anche quando il debitore sia ridiventato solvibile, anche quando, senza compromettere la sua situazione, egli possa pagar tutto e tutti.

Il legislatore, a parer mio, dovrebbe anzi stabilire, che il tribunale omologando il concordato preventivo dovesse, per lo meno di fronte ai creditori dissenzienti, dichiarare inefficace la clausola del concordato, colla quale si volesse mettere al riparo da ogni futura e individuale persecuzione le aspettative ereditarie o la sostanza futura. Questo patto non dovrebbe aver efficacia che pegli assenzienti soltanto (art. 1130 Cod. civ.).

Sarà bensì difficile precisare ciò che debba intendersi per ritorno a miglior fortuna; ma in parecchi altri casi, come in questo, è impossibile fissare una regola uniforme applicabile a tutte le situazioni ed a tutti i debitori indistantemente; le parti stipulando l'accordo amichevole, potranno specificarne i casi, potendo esse inserire tutte quelle condizioni che credono opportune quando non sieno contrarie alla legge; altrimenti sarà una questione di fatto che i tribunali apprezzeranno nei singoli casi.

La legge non deve proporsi l' intento di liberare il debitore, ma soltanto di metterlo al coperto da quelle persecuzioni individuali e vessatorie che non possono avere alcun risultato pratico. Naturalmente bisogna evitare che l'esercizio di questo diritto riservato ai creditori metta il debitore nella necessità di domandare una seconda moratoria o la dichiarazione di fallimento, ma dovrà limitarsi al caso in cui il debitore venga ad avere risorse che eccedano ciò che è necessario per lui e per la sua famiglia. Il debitore deve consacrare il suo superfluo a disinteressare i suoi creditori. Perchè liberarlo da ogni obbligazione se per effetto di grossa eredità, egli si trova in condizione di pagar tutti ed invece si dà a spese di lusso, e ad acquisti immobiliari che non riflettono il suo commercio?

La prova del ritorno a miglior fortuna, che incombe al creditore, è vero, sarà spesso assai difficile, perchè quasi mai i creditori sono in condizione di fare l'inventario dell'attivo e del passivo del loro debitore, e perchè questi può dissimulare la proprietà coll'intervento di prestanomi e sottrarre in mille guise i beni suoi alle investigazioni dei creditori. Ma più che l'esibizione dei registri commerciali la notorietà pubblica sarà mezzo di prova sufficiente, perchè nulla offrirà di vago ed incerto quando la miglior fortuna acquistata sarà evidente e palpabile. D'altra parte la difficoltà della prova non è ragione sufficiente per disconoscere il diritto, e sarà anzi freno alle arbitrarie e sconfinate pretese future che si temono.

L'obbligazione di pagare in caso di ritorno a miglior fortuna è un'obbligazione subordinata ad una condizione che si realizza quando il debitore è in condizione di pagare integralmente i suoi debiti; non è una obbligazione

soltanto differita. Il termine, a differenza della condizione, non sospende l'obbligazione ma ne ritarda soltanto l'esecuzione; ma l'avvenimento futuro al quale è subordinata l'esecuzione non costituisce un termine se non quando l'avvenimento sia certo; questo soltanto può occasionare un semplice ritardo; d'onde la conseguenza che, essendo evidentemente incerto il ritorno a miglior fortuna, questo ritorno costituisca una condizione e non un termine.

Il concordato preventivo non deve in pratica tradursi in un fallimento palliato. Il favore accordato al debitore è un favore eminentemente eccezionale; non bisogna dimenticarlo. E ciò si dimentica se si ammette che col concordato si dia quietanza completa, per mezzo di un acconto che può essere molto meschino; ciò si dimentica se si ammette che più tardi il debitore, ridivenuto possessore di una grande fortuna, possa rider in faccia ai suoi creditori e sfoggiare un lusso insolente, specialmente di fronte ai creditori dissenzienti che hanno dovuto piegarsi al voto dei più.

Nell'antico sistema vi era una sanzione; il concordatario restava colpito da certe capacità. Se anche era estinto il diritto di procedere sulla vecchia sostanza il debitore conservava l'obbligazione non solo morale, ma effettiva, di pagare tutto; e per riabilitarsi egli avea interesse di pagare tutti i suoi creditori. Ma col concordato preventivo scompariscono tutte le incapacità; quindi è una necessità l'imporre condizioni più rigorose a colui che pagando soltanto una parte dei suoi debiti ottenne di essere liberato da tutte le decadenze che pesavano su di lui.

**207.** L'articolo 1929 del Codice civile stabilisce che quando il creditore accetta volontariamente una qualunque cosa in pagamento del debito principale il fideiussore resta

liberato. La solidarietà è presunta pel fideiussore commerciante, ed anche pel non commerciante, che garantisce una obbligazione commerciale, ma non pei fideiussori non commercianti quanto alle contrattazioni che, rispetto ad essi, non sono atti di commercio (art. 40 Cod. comm.). — Il fideiussore che, per legge o per patto, gode del beneficio dell'escussione (art. 1907 Cod. civ.) potrebbe egli invocare, a sensi della vigente legge e contro il creditore, l'amichevole accordo agli effetti dell'articolo 1929 Cod. civ.? Il fideiussore non potrebbe, a mio avviso, invocare il disposto dell'articolo 1929 Cod. civ. contro i creditori che non hanno aderito all'amichevole accordo perchè, come abbiamo visto (n. 196), la minoranza dissenziente non subisce la legge della maggioranza e conserva, non ostante l'amichevole accordo, il diritto all'integrale ed immediato pagamento dei crediti suoi, diritto, nel quale i fideiussori possono essere surrogati e perchè non si potrebbe imputare ai creditori dissenzienti, alcun atto che implichi rinuncia al loro diritto.

All'incontro il disposto dell'articolo 1929 potrebbe essere utilmente invocato contro i creditori della maggioranza, che col loro consenso avessero reso possibile l'accordo, perchè questo accordo, come abbiamo già notato, è un vero contratto, libero e spontaneo, la cui stipulazione implicherebbe pei consenzienti la rinuncia ad ogni azione contro i fideiussori non solidali.

**208.** Non mi sembrano convincenti le ragioni addotte dalla sotto-Commissione compilatrice del progetto sul concordato preventivo a giustificazione del principio contrario a quello suesposto, che cioè anche gli aderenti conservano impregiudicati i loro diritti verso i coobbligati ed i fideiussori del debitore.

« Dacchè il concordato lascia invariata la sostanza d'ogni diritto creditorio — dice la relazione (pag. 41) — è razionale l'altra conseguenza, pure sancita dal progetto (articolo 26, alin. 3°), che i creditori conservano impregiudicati i loro diritti contro i coobbligati e i fideiussori del debitore e verso gli obbligati in via di regresso anche se hanno volontariamente consentito al concordato. »

Nota però la stessa relazione che la minoranza della commissione avrebbe tuttavia preferito che si accogliesse una disposizione conforme all'art. 303 della legge federale svizzera sull'esecuzione e sul fallimento del seguente tenore: « Il creditore che non ha aderito al concordato non perde i suoi diritti contro i condebitori, i fideiussori e gli obbligati in via di regresso. Parimenti il creditore che vi ha aderito non perde i suoi diritti contro le ricordate persone, purchè almeno dieci giorni prima dell'adunanza le abbia avvisate del tempo e del luogo di questa, offrendo loro la cessione del proprio credito contro pagamento. Il creditore può altresì, senza pregiudizio dei suoi diritti, autorizzare i condebitori, fideiussori ed obbligati in via di regresso a deliberare in vece sua sull'adesione del concordato. »

Prevalse però l'opinione accolta.

« Fu ripetutamente detto — aggiunge la relazione (p. 41) — che col concordato si accetta quella definizione del rapporto processuale che apparisce più sollecita, più economica, e più utile alla liquidazione forzata. Quindi anche chi aderisce al concordato, lo fa per evitare un danno maggiore. Nè i fideiussori possono opporre al creditore che egli, abbandonando una parte del proprio diritto creditorio (se pur ciò fosse esatto), ha reso loro impossibile la sur-

roga nei suoi diritti in confronto del debitore. Anzitutto, perchè — verificatasi la scadenza d'ogni credito con l'apertura del giudizio (art. 5, alin. 3°) — quella surroga è loro concessa prima della votazione del concordato, disinteressando il creditore e disponendo così liberamente del diritto creditorio in luogo e vece del creditore surrogato (Corte Suprema di Lipsia, decis. 15 febbraio 1886 a sezioni unite, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen,* XIV, 1886, n. 39, pag. 172-179). Poi, perchè la procedura giudiziale è diretta principalmente ad accertare la entità patrimoniale del debitore per offrire una base tranquillante e positiva ai calcoli dei creditori sulla convenienza o meno di aderire al concordato. Quindi, ogni idea di liberalità vien meno, e con essa anche il fondamento per cui nel diritto comune la rimessione del debito accordata al debitore principale libera il fideiussore (art. 1282 e 1928 Cod. civ.). L'accettazione del concordato è una coazione economica; è quanto di meglio può farsi nella condizione in cui il debitore si trova. L'omologazione del tribunale ne è autorevole conferma. Del resto, la soluzione accolta s'impone anche soltanto esaminando lo scopo di ogni fideiussione. Il creditore volle un coobbligato o un fideiussore per evitarsi un danno in caso di insolvenza o di fallimento del debitore principale. Ora, se si accogliesse una soluzione diversa dall'esposta, egli si troverebbe sprovvisto della garanzia appunto allora che si verifica l'evento in considerazione del quale la garanzia fu chiesta ed ottenuta. »

Per coloro che aderiscono alle proposte di concordato preventivo la remissione parziale del debito non ha carattere di coazione, per cui per gli aderenti l'adesione deve essere parificata alle remissioni volontarie prevedute dal Codice ci-

vile. Che monta che il creditore aderente consenta alla remissione per evitare un danno maggiore? Qualunque sia lo scopo suo, certo è volontaria la concessione ch'egli fa al debitore ed è ben diversa la sua condizione da quella del creditore che non presta il suo consenso, ma che è costretto a subir la legge che altri gli impone. Se lo scopo di ogni fideiussione bastasse a giustificare la conservazione dei diritti del creditore verso il fideiussore, anche quando il creditore accetta una qualunque cosa in pagamento del debito principale bisognerebbe abolire del tutto il principio ragionevolissimo sancito dall'articolo 1929 Cod. civ. Per quanto il creditore, accettando il concordato, si proponga di evitare un danno, libero e volontario è l'abbandono del suo diritto ed opera la liberazione completa del debitore, il quale non è più obbligato a pagare la somma della quale fu a lui fatta la remissione, di guisachè il fideiussore, che è necessariamente discaricato, può prevalersi della remissione volontaria al pari del debitor principale. Il creditore aderente non si troverebbe sprovvisto della garanzia quando si verifica l'evento in ragione del quale la garanzia fu chiesta ed ottenuta, se non avesse colla remissione volontaria e diretta pregiudicata la situazione sua verso il fideiussore, se non avesse creata egli stesso l'*exceptio cedendarum actionum*, col mezzo della quale il fideiussore può far dichiarare irricevibile l'azione del creditore. Questi, accettando il concordato, si pone nell'assoluta impossibilità di poter cedere; nè havvi ragione, a mio avviso, di favorire il concordato preventivo, a spese del diritto indiscutibile del fideiussore.

**209.** I creditori di più individui coobbligati o fidejussori solidali che ottennero la moratoria, potranno partecipare in ognuna delle moratorie agli amichevoli accordi per

l'intiero valore del loro credito, non ostante i dividendi ricevuti in taluna di esse. I condebitori ed i fideiussori non potranno evidentemente partecipare all'amichevole accordo del debitore principale, perchè altrimenti questi verrebbe a pagar più volte un debito unico.

Quando il creditore riceve dai coobbligati falliti un dividendo egli partecipa al concordato del suo debitore principale per l' intero credito suo, perchè egli rischia di non essere interamente pagato; ma quando il pagamento è fatto da un fideiussore solvibile, che non è nè fallito, nè in istato di moratoria, non vi ha più ragione per non dedurre l'acconto pagato. O il coobbligato paga interamente il creditore ed allora indubbiamente vien surrogato; o fa un pagamento parziale, ed allora il coobbligato, per ciò che pagò, ed il creditore, per la differenza, parteciperanno all'amichevole accordo. Il creditore, dopo aver incassato il dividendo, potrà di nuovo reclamare il saldo dal coobbligato. Il rimborso integrale non è dunque un pericolo. Un esempio chiarirà meglio l'idea.

Un debito di L. 1000 è garantito da persona solvibile. Il debitore principale ottiene la moratoria e propone un accordo al 50 $^0/_0$; egli dovrebbe perciò pagare L. 500. Ma nel frattempo il garante non fallito nè in istato di moratoria paga L. 400; io ritengo ch'egli debba dedurre questa somma e non possa intervenire nell' accordo che per sole L. 600 sulla quale egli incasserà il dividendo promesso, ossia L. 300, ed il garante che effettuò il pagamento di L. 400 potrà per questa somma partecipare egli pure, e incasserà L. 200; così il debitore avrà pagato in tutto le L. 500 promesse.

Al contrario, se il creditore, non ostante l'acconto incas-

sato di L. 400, potesse partecipare all'accordo per tutte le L. 1000 o si priverebbe il garante della surrogazione che gli compete (art. 1253 Cod. civ.) o il credito stesso figurerebbe due volte.

**210.** L'accordo amichevole, essendo pel debitore un atto commerciale fa sì che i diritti e le obbligazioni che ne derivano debbano essere regolati dalla legge commerciale (art. 54 Cod. comm.) e che le relative azioni appartengano alla giurisdizione commerciale (art. 870 Cod. comm.). L'accordo amichevole si impone in modo eguale, sia ai creditori civili che ai creditori commerciali; è quindi ragionevole il riconoscere che sia pegli uni che pegli altri scaturiscano dall' identico convegno amichevole diritti della stessa natura.

**211.** Quale sarà l'effetto dell'accordo amichevole sui crediti precedenti ma che rimasero ignoti fino all'omologazione?

Ho già notato che dopo l' omologazione non si può più discutere sulla buona o mala fede del debitore. Nemmeno in materia di fallimento si commina la decadenza ai creditori tardivi, potendo i loro crediti essere ammessi sino a che non siano esaurite le ripartizioni di tutto l'attivo del fallimento. Indubbiamente il creditore, che non si è fatto vivo durante la moratoria, avrà, come i creditori dissidenti, diritto di essere pagato integralmente. Ma non sempre sarà in pratica possibile il pagamento integrale. Forse il patrimonio del debitore si è già assottigliato in seguito ad acconti già pagati sul dividendo promesso ai crediti concordatari; e forse basta appena a pagare il resto di quanto è ancor dovuto agli altri creditori. Il ritardatario si troverà in conflitto di interessi coi creditori diligenti, e l'equità non

ammette che la negligenza di lui possa pregiudicare gli altri. Si arriverebbe allo strano risultato di privare i creditori dei vantaggi in ragione dei quali hanno aderito all'accordo amichevole e ciò senza regresso possibile e per effetto della negligenza altrui. D'altra parte i beni attuali del debitore costituiscono la garanzia comune dei creditori (art. 1949 Cod. civ.), e non già i beni posseduti al momento in cui il debito fu contratto; i creditori vecchi e nuovi, conosciuti o non conosciuti, hanno tutti eguale diritto sui beni del debitore; l'anzianità del credito non conferisce diritto sui beni usciti dal patrimonio del debitore, nè privilegio su quelli rimastivi. Soltanto in via eccezionale, in materia di fallimento e per reprimere le frodi e le collusioni, la legge ha in vista l'attivo di un'epoca determinata. In ogni altra materia, e per conseguenza anche nella moratoria, come nei concordati preventivi, i diritti del creditore si limitano ad aver porzione eguale a quella degli altri a datare dal momento in cui egli giustifica tale sua qualità. Se prima il debitore pagò agli altri un dividendo, se anche dopo pagò integralmente alcuni debiti, il creditore tardivo non potrà, sotto pretesto d'eguaglianza, distruggere il passato. Questa eguaglianza, se anche dovesse rispettarsi nel momento in cui si stipula l'accordo amichevole, non per ciò dovrebbe retrodatarsi alla nascita dei crediti.

La legge non volle in ciò scostarsi dal diritto comune; quindi il creditore tardivo, non decaduto dal suo diritto, potrà concorrere, insieme agli altri, in proporzione di ciò che resta a ripartirsi, senza alcun privilegio sui beni che sono ancora in possesso del debitore nel momento in cui il creditore si presenta per reclamare il pagamento del suo credito, beni, che costituiscono il pegno comune di

tutti i creditori. Se tali beni non bastano a pagare integralmente il creditore tardivo e le quote ancora dovute agli altri creditori, ed i creditori non si acquietano, si dichiarerà il fallimento, perchè ci sarà cessazione di pagamenti per obbligazioni commerciali.

I componimenti amichevoli, di regola, portano l'obbligazione di pagare una serie di dividendi al tanto per cento da pagarsi ai creditori indicati ed a scadenze più o meno lontane. Se il credito, fino allora ignoto, è contestato, la questione sarà risolta, come tutte le altre questioni, dal tribunale competente. Non vi sarebbe ragione di ordinare nel frattempo il deposito del dividendo, nè a far intervenire nella questione il giudice delegato, perchè il debitore deve puntualmente pagare i dividendi promessi alla scadenza, tostochè la questione sia risolta, o il pagamento totale del credito fino allora ignorato, se il creditore non intende di stare all'accordo concluso cogli altri.

Se coll'accordo amichevole o col concordato preventivo si è stipulato il pagamento di una somma determinata da distribuirsi in proporzione tra i creditori fino allora conosciuti, è sempre il debitore che paga direttamente ed indistintamente tutti i suoi creditori. Se sorge poi un creditore fino allora ignoto, o se taluno viene giudizialmente riconosciuto creditore di somma maggiore di quella portata in bilancio, non v'ha dubbio che il debitore debba per lo meno pagargli il dividendo come agli altri creditori, ossia un dividendo eguale a quello che proviene dalla somma da distribuirsi e che venne determinata, in proporzione al totale dei crediti; altrimenti dovrà pagare il debito per intero, nè potrebbe il debitore lagnarsi, perchè la menzione erronea del bilancio o la contestazione è proveniente da fatto suo.

**212.** In certi casi, e sotto certe condizioni, l'accordo amichevole può essere annullato o risolto. L'annullamento e la risoluzione costituiscono due situazioni giuridiche distinte: l'annullamento può derivare da un vizio inerente allo stesso accordo amichevole; mentre la risoluzione proviene da un fatto posteriore àlla omologazione del medesimo.

L'effetto dell'annullamento è di rimettere le parti nello stato in cui trovavansi prima dell'accordo, come se il medesimo non si fosse mai effettuato; la risoluzione invece non è altro che l'applicazione del disposto dell'art. 1165 del Codice civile all'accordo amichevole, che, come tutti gli altri contratti sinallagmatici, è sottoposto alla condizione risolutiva tacita pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alle proprie obbligazioni. Il legislatore, in materia di moratoria, non ha punto voluto derogare ai principii generali.

Il Tartufari (*La Moratoria*, n. 198) censura il Vidari per aver questi ritenuto che l'annullamento può chiedersi in base al diritto comune e non in base alla legge del fallimento.

A mio avviso hanno torto tutti e due.

L'annullamento può chiedersi sia nel caso che le condizioni volute dall'articolo 825 alin. 2° Cod. comm., non siano state rispettate, sia coll'azione paulliana. Se l'accordo validamente stipulato produce gli effetti del concordato quanto alla chiusura del fallimento, ciò non vuol dire che possa produrre altri effetti quando non sia validamente stipulato. Ma può essere annullato anche coll'azione paulliana, perchè gli assenzienti d'accordo col debitore possono nelle tenebre aver colluso in frode dei dissidenti, sebbene invitati questi

a deliberare. Il debitore può aver promesso agli assenzienti il pagamento integrale od altri vantaggi per ottenere il loro voto e la loro alleanza onde far vedere ai dissidenti lucciole per lanterne. L'esercizio dell'azione paulliana è spesso praticamente assai difficile; questa è forse la ragione della inutilità delle indagini del Tartufari nel campo della giurisprudenza.

**213.** L'accordo amichevole non sarà mai nullo di pien diritto; il suo annullamento deve essere chiesto giudizialmente.

L'accordo può essere annullato per causa di dolo scoperto dopo la omologazione e risultante o dalla dissimulazione dell'attivo, o dalla simulazione o esagerazione del passivo. Il dolo risultante da questi fatti è naturalmente un dolo personale del debitore, poichè risulta dai dati menzogneri del bilancio; e si reputa aver esso viziato il consenso dei creditori. Il consenso non è valido se fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo (art. 1108 Cod. civ.). Ma non ogni dolo, quantunque possa costituire ostacolo all'omologazione, produrrà la nullità. Bisogna che abbia per oggetto la dissimulazione dell'attivo o la simulazione del passivo; si reputa allora che i creditori abbiano aderito a fare dei sacrifici, che non avrebbero accettati, se avessero conosciuta la vera situazione; e che il tribunale non avrebbe omologato l'accordo. Bisogna che il dolo sia stato scoperto dopo l'omologazione. Se i creditori avessero conosciuto il dolo prima del voto e prima della omologazione, senza che il dolo potesse esercitare alcuna influenza sulle loro decisioni, i creditori non avrebbero diritto di lagnarsene, perchè avrebbero potuto portare i fatti dolosi a conoscenza del tribunale prima dell'omologazione, od inter-

venire nel giudizio. L'azione di annullamento spetterebbe però anche pel dolo scoperto prima dell'omologazione a quei creditori, che non fossero stati convocati e che non avessero per altre ragioni potuto opporsi all'omologazione dell'accordo amichevole.

I vantaggi consentiti in favore di uno o più creditori, allo scopo di ottenere fraudolentemente il concordato, saranno causa di annullamento solo quando implichino necessariamente dissimulazione d'attivo, perchè il dolo può essere causa di annullamento solo quando abbia avuto per effetto di viziare il voto, ossia quando sia ragionevole l'ammettere che gli altri creditori non avrebbero consentito all'accordo, se avessero saputo che alcuno fra essi avesse ottenuto condizioni più vantaggiose.

La condanna del debitore per bancarotta semplice o fraudolenta, non è per sè stessa causa di annullamento del concordato, sebbene possa costituire la prova del dolo che ha viziato il consenso e che quindi può essere causa di annullamento.

La condanna del debitore per bancarotta semplice o fraudolenta non annulla nemmeno il concordato (art. 842 Cod. comm.); a maggior ragione non può essere causa di annullamento dell'accordo amichevole in moratoria. Il procedimento penale è assolutamente indipendente dalla procedura di fallimento avanti la giurisdizione commerciale (art. 696 Cod. comm.); per cui la condanna per bancarotta semplice o fraudolenta può colpire anche colui che col mezzo della moratoria o del concordato preventivo abbia evitato la dichiarazione di fallimento. L'interesse privato dei creditori non deve essere senza necessità sacrificato all'interesse pubblico. Non ostante la condanna per bancarotta semplice o fraudo-

lenta i creditori possono ritenere più opportuno, nel loro interesse, di stipulare il concordato preventivo o successivo al fallimento, per evitare la lunga e costosa procedura del fallimento, non ostante la condanna del bancarottiere, la quale è resa possibile non ostante il concordato.

E a questo intendimento ragionevolissimo mirò appunto il legislatore italiano.

Non meritano plauso, a mio avviso, quelle legislazioni che nei casi di bancarotta o di dolo, attribuiscono facoltà al tribunale di pronunziare d'ufficio la risoluzione del concordato e la dichiarazione di fallimento (art. 26 della legge belga 29 giugno 1887), perchè senza bisogno alcuno e con danno del commercio, si confondono in tal modo due interessi distinti, il pubblico ed il privato, interessi che, senza pratici inconvenienti, possono rimanere distinti.

**214.** L'annullamento può essere domandato dai creditori e dai fideiussori. Il diritto di chiedere l'annullamento è un diritto individuale di ogni creditore, e di tutti coloro che hanno prestato garanzia personale o reale allo scopo di assicurare, con qualunque mezzo, l'esecuzione totale o parziale dell'accordo amichevole.

**215.** Il tribunale competente a conoscere dell'azione di nullità è senza dubbio quello che avrà omologato l'accordo amichevole (v. in seguito n. 226). Difatti l'annullamento implicherà quasi sempre la contemporanea dichiarazione del fallimento.

La Corte di Genova, nella sua sentenza 27 luglio 1895, in causa Credito Mobiliare-Borgognone, decise che, avvenuta la moratoria e finchè dura la liquidazione, anche dopo chiusa la moratoria a mezzo di amichevole concordato, perduri tuttavia la eccezionale competenza del Tribunale, che

ha concessa la moratoria, anche per le singole azioni dei creditori.

La sentenza che pronuncierà l'annullamento non sarà pubblicata od affissa; se è accompagnata o susseguita dalla dichiarazione di fallimento sarà soggetta ai mezzi ordinari di opposizione od appello.

**216**. L'annullamento, come ho già notato, ha per principale effetto di rimettere le parti nella condizione in cui trovavansi prima che addivenissero all'accordo; per conseguenza l'annullamento dell'obbligazione principale produrrà l'annullamento delle obbligazioni accessorie, ossia l'annullamento delle fideiussioni, dei pegni e delle ipoteche prestate per garantire in tutto od in parte l'esecuzione dell'accordo amichevole o del concordato preventivo.

L'annullamento dell'accordo amichevole o del concordato preventivo ha inoltre anche un effetto retroattivo, perchè le somme pagate dai fideiussori potranno essere ripetute coll'*actio indebiti*.

**217**. Ma se il concordato preventivo o l'accordo amichevole viene annullato quale sarà la sorte degli atti autorizzati dal tribunale durante la moratoria? (art. 823 Cod. comm.). Dovranno forse ritenersi nulli ed annullabili alla stregua dei principii stabiliti dagli articoli 707-712 del Codice di commercio?

Bisogna distinguere. — Se si tratti di atti fatti in frode dei creditori o affetti da presunzione di frode, che il tribunale, ingannato dalle apparenze, avesse autorizzato, la loro nullità od annullabilità, non potrebbe essere contestata pel solo fatto che furono autorizzati dall' autorità competente; ma la stessa soluzione non si impone in quanto concerne la liquidazione e le operazioni ordinarie della vita commer-

ciale. Se il debitore che ottenne la moratoria od il concordato preventivo, debitamente autorizzato, vendette, costituì pegni od ipoteche, prese denaro a mutuo, stipulò transazioni, esigette o fece altri atti strettamente necessari alla liquidazione, questi atti non possono essere suscettibili di annullamento. Il sistema contrario finirebbe col rendere l'intervento del tribunale un vero pericolo pei terzi che avessero trattato in buona fede, sotto l'impero di una mal concepita fiducia.

È certo che annullato il componimento amichevole o il concordato preventivo il tribunale potrà, non solo dichiarare il fallimento, ma altresì retrodatare la cessazione dei pagamenti (art. 704 Cod. comm.) al giorno della domanda di moratoria o del concordato preventivo, perchè fin da quel giorno, qualora abbia cessato di fare i suoi pagamenti, deve essere ritenuto in istato di fallimento. La dichiarazione di fallimento mette il debitore in condizione ben diversa. — Saranno in tal caso nulli tutti gli atti e le alienazioni a titolo gratuito posteriori alla data della cessazione dei pagamenti e tutti i pagamenti di debiti non iscaduti fatti dopo la data suddetta, tanto col mezzo di denaro, quanto per via di trapasso, vendita, compensazione o altrimenti (art. 707 Cod. comm.); e si presumeranno fatte in frode dei creditori ed, in mancanza della prova contraria, saranno annullati, rispetto alla massa dei creditori, qualora siano avvenuti posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti:

1° tutti gli atti, i pagamenti e le alienazioni a titolo oneroso, quando il terzo conoscesse lo stato di cessazione dei pagamenti, in cui si trovava il commerciante;

2° tutti gli atti ed i contratti commutativi, in cui i

valori dati e le obbligazioni assunte dal fallito sorpassino notevolmente ciò che a lui è stato dato o promesso;

3° i pagamenti di debiti scaduti ed esigibili che non siano eseguiti con danaro o con effetti di commercio;

4° i pegni, le anticresi e le ipoteche costituite sui beni del debitore, ad eccezione delle inscrizioni ipotecarie prese in virtù di un titolo riconosciuto valido, purchè siano anteriori alla sentenza dichiarativa di fallimento;

5° gli atti, i pagamenti e le alienazioni, a qualunque titolo avvenuti, nei dieci giorni anteriori alla dichiarazione di fallimento, anche in difetto degli estremi sopra enunciati (art. 707 e 708 Cod. comm.).

La domanda di moratoria o di concordato preventivo è generalmente una confessione dello stato di cessazione di pagamenti, e vien di solito dopo o contemporaneamente alla cessazione; ed i motivi che, in caso di fallimento, hanno indotto il legislatore a dichiarare nulli o affetti di presunzione di frode e quindi annullabili certi atti in ragione del tempo o del modo in cui furono effettuati, esistono anche in caso di annullamento o di risoluzione dell'accordo amichevole o del concordato preventivo.

**218.** Ma, se prima dell'annullamento dell'accordo amichevole o del concordato preventivo, ossia prima della dichiarazione di fallimento, sono stati pagati dei dividendi, questi dividendi dovranno forse essere restituiti alla massa? Da un lato si dice che sarebbe ingiusto l'ammettere che il creditore possa trattenere ciò ch'egli ricevette in virtù di un contratto nullo; e dall'altro si osserva che sarebbe ingiusto il costringere il creditore a restituire ciò ch'egli ricevette in buona fede; che si getterebbero in una grave perturbazione le relazioni commerciali se i creditori per

molti anni fossero esposti al pericolo di dover restituire i dividendi incassati; che ciò renderebbe, se non impossibili, certo assai difficili gli accordi amichevoli e i concordati preventivi e ne risulterebbe una grave confusione.

Certo si è che, trattandosi di una convenzione nulla o risoluta, non si può invocare il principio della stabilità dei contratti; la convenzione deve ritenersi come insistente, ed, applicando rigorosamente questo principio, nessun effetto potrebbe attribuirsi alla convenzione. Ma è opportuno temperarne il rigore di fronte alla massa. Per giustificare una deroga al rigoroso principio che *quod nullum est nullum parit effectum* è inutile andar in cerca di sofismi e sostenere l'insostenibile, e cioè che i creditori possono non aver conosciuta la cessazione dei pagamenti.

Se si può dire che l'esecuzione dell'accordo amichevole o del concordato preventivo esclude l'idea di una cessazione assoluta, perchè il debitore paga colle modalità a lui concesse, la domanda però di moratoria o di concordato preventivo attesta di regola e rende notoria a tutti gli interessati la cessazione per lo meno parziale dei pagamenti.

Quando in moratoria si addiviene all'accordo amichevole od al concordato preventivo la cessazione dei pagamenti non sussiste più; nè si può dire che il creditore partecipi alla distribuzione dell'attivo conoscendo lo stato di cessazione dei pagamenti o che questa cessazione sia pubblica e notoria. Non vale il dire che la successiva cessazione dei pagamenti non deve essere confusa con quella precedente, in conseguenza od in previsione della quale siasi chiesto ed ottenuto l'accordo o il concordato. È bensì vero che il fallimento successivo dovrà essere retrodatato al giorno della domanda di moratoria o di concordato preventivo,

per modo che sarebbero per lo meno affetti da presunzione di frode e sarebbero annullabili, rispetto alla massa, tutti i pagamenti a qualunque titolo avvenuti tra la domanda di moratoria o di concordato e la dichiarazione di fallimento (art. 709, alin. ultimo, Cod. comm.). — Ma, ciò nonostante, non credo si offenda l'equità ammettendo che i dividendi in buona fede incassati per effetto di accordo amichevole o di concordato preventivo, debitamente omologato, non debbano essere restituiti alla massa dei creditori. Le comminatorie di nullità o di annullabilità degli atti successivi alla cessazione dei pagamenti hanno per iscopo di colpire la frode e l'indelicatezza del creditore, che, conoscendo la cessazione dei pagamenti, abbia costretto il debitore ad indebolire a suo profitto il pegno comune; invece nella moratoria e nel concordato preventivo la sorveglianza organizzata dalla legge e le speciali sanzioni per garantire l'osservanza delle norme legali consacrano la lealtà delle operazioni e l'eguaglianza dei creditori. Applicando in questo caso il disposto degli articoli 707 e 709 del Codice di commercio si andrebbe contro lo spirito che informa quelle disposizioni.

Del resto, anche in caso di riapertura del fallimento, gli atti del fallito posteriori alla omologazione del concordato annullato o risolto, e anteriori all'annullamento od alla risoluzione di esso, non possono essere dichiarati nulli che nel caso di frode ai diritti dei creditori (art. 844 Cod. com.). Perchè derogare a questa regola provvidissima in materia di moratoria o di concordato preventivo? Se il creditore saprà ch'egli può eventualmente essere esposto a restituire i dividendi pagatigli in virtù di un contratto in buona fede stipulato e che avea tutta la sua forza, troverà spesso inu-

tile di intervenire in una convenzione fragile e revocabile. Forzando i creditori alla restituzione dei dividendi dopo un lungo lasso di tempo bisognerebbe rientrare nei dettagli di un affare che si riteneva per sempre definito, ricercare i vecchi libri e documenti relativi, e procedere a investigazioni che, in generale, non guideranno a seri risultati pratici (v. in seguito n. 221).

**219.** Ma dato l'annullamento o la risoluzione del concordato preventivo o dell'accordo amichevole e, dichiarato il fallimento, come dovrà farsi il calcolo dei dividendi?

Suppongasi che il debitore in moratoria abbia concluso un accordo od un concordato preventivo promettendo il pagamento del 20 %; dopo il pagamento del 10 %, ossia della metà del dividendo promesso, l'accordo viene annullato o risolto. Un creditore di L. 1000 che ricevette L. 100 sarà ammesso al passivo per L. 900, e non già per le L. 100, che egli doveva ancora riscuotere, nè per L. 500 equivalente all'altra metà del suo credito originario. — I creditori saranno ammessi al passivo del fallimento, non già per la sola porzione dei loro crediti, corrispondente a quella parte del dividendo promesso che non venne pagato, ma per l'intiero loro credito originale, dedotti soltanto i dividendi incassati per effetto dell'accordo amichevole o del concordato preventivo, il quale, annullato o risolto, non può danneggiare i creditori contraenti, non avendo questi aderito al medesimo se non in vista e sotto condizione del pagamento totale della quota promessa. Essi devono rientrare nell'integrità dei loro diritti in caso d'annullamento o di risoluzione, non potendo essere costretti ad eseguire l'accordo quando non possano più approfittare dei vantaggi che lo stesso accordo stabiliva a loro favore. Supposto, che, nel-

l'ipotesi suddetta, il dividendo che dà il fallimento sia dell'80 $^{0}/_{0}$; se il creditore di L. 1000 che incassò in moratoria il 10 $^{0}/_{0}$ dovesse essere ammesso soltanto per L. 500 incasserebbe altre L. 400, ossia in tutto L. 500, mentre il nuovo creditore di L. 1000, che nulla incassò prima, riscuoterebbe dal fallimento L. 800.

Ciò sarebbe ingiusto, perchè i creditori nuovi conoscevano l' esistenza dell' accordo amichevole o del concordato preventivo; essi sapevano che, ad epoche determinate, il debitore dovea pagare o pagò i dividendi, e non poteano far calcolo sull'estinzione dei vecchi crediti se non in proporzione e per l'ammontare dei pagamenti effettuati. Non v'è quindi ragione di favorire i nuovi crediti a spese dei vecchi (v. in seguito n. 221).

**220.** L'azione di nullità si prescrive col decorso di cinque anni (art. 1300 Cod. civ., 915 e 917 Cod. comm.). Il punto di partenza di questo termine sarà il giorno in cui fu scoperto il dolo, che ha viziato il consenso; ed incomberà al creditore od al fidejussore lo stabilire la causa di nullità ed il momento in cui ne ebbe conoscenza. I diritti acquistati in virtù del concordato preventivo o dell'accordo amichevole non devono rimanere infinitamente sospesi; ed a questo riguardo, il termine di cinque anni è forse anche troppo lungo.

**221.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo ammette esso pure che il concordato possa essere annullato dal tribunale sull' istanza di qualunque creditore, però sol quando sia dimostrato che il debitore abbia esagerato dolosamente il passivo o dissimulato una parte rilevante dell'attivo (art. 36). E molto opportunamente aggiunge un'altra condizione, quella cioè che l' azione di nullità sia proposta

entro l'anno dalla pubblicazione della sentenza che omologò il concordato.

« La limitazione della impugnativa per l'oggetto e pel termine si giustifica; dice la relazione (pag. 36). Il concordato omologato involge troppi interessi che nella definizione amichevole trovarono una rapida ed economica soluzione, perchè si conceda che senza grave causa e senza limite di tempo sia messo nel nulla. Si capisce che ove il calcolo dei creditori aderenti al concordato si appoggi sopra dati di fatto errati, tali artificiosamente creati dal debitore, debba loro consentirsi di ritirare un consenso dolosamente carpito. Ma anche questa domanda in sè legittima, deve avere un termine di decadenza. L'annullamento di un concordato turba diritti acquisiti, intreccia e pone in conflitto l'interesse dei vecchi e quello dei nuovi creditori, è fonte insomma di complicazioni che la efficacia sanatoria del tempo opportunamente elimina. Non si concedette la facoltà di impugnare il concordato ad altri interessati all'infuori dei creditori; non ad esempio, come fa la legge belga (art. 25) al fidejussore. Parve ingiusto a quei legislatori che questi dovesse rispondere per un concordato ottenuto in mala fede. Ma il movente che induce il fideiussore a garantire l'adempimento del concordato sfugge al sindacato giudiziale; mentre se la mala fede è intervenuta nel concordato, il creditore può dimostrare la falsità della causa che lo ha determinato a consentire e così distruggere l'effetto ottenuto ».

« Conseguenza inelluttabile dell'annullamento del concordato preventivo, aggiunge la relazione (pag. 37), è la dichiarazione del fallimento (art. 36). Dopo questa dichiarazione i creditori perdono i vantaggi loro concessi dal con-

cordato (art. 37, alin. 1°). Senonchè il progetto, rispettando lo stato di fatto, non consente al debitore e ai fidejussori di ripetere quanto hanno pagato per la esecuzione del concordato. Le somme riscosse estinguono i crediti relativi in proporzione del loro importo. La diversa norma contenuta nel Codice di commercio in vigore (art. 845) parve inaccettabile. Per essa, il creditore che ha ricevuta una parte del dividendo, partecipa nella massa per la quantità del credito primitivo corrispondente a quella del dividendo promesso e non riscosso; mentre, invece, il creditore che non ha riscosso veruna parte del dividendo insinua la totalità del credito. Poichè il credito complessivo è stato ridotto alla misura del dividendo, secondo quella misura si pretende valutare l'entità dei pagamenti parziali. La finzione però non resiste all'esame; perchè, annullato il concordato, vien meno la base su cui quell'apprezzamento si fonda, e il pagamento parziale non può valutarsi che in relazione all'importo originario del credito di cui costituisce un acconto. Soltanto in questo modo si pareggia la condizione dei creditori, potendo essere affatto casuale che taluno abbia riscosso una parte del dividendo, altri una maggiore, ed altri nessuna. Dichiarandosi pertanto il fallimento, tutti dedurranno l'aliquota ricevuta dal loro credito originario e insinueranno il residuo; e se i creditori non riscossero tutti lo stesso dividendo, oppure concorrono nuovi creditori, si terrà conto dei dividendi riscossi per pareggiare la condizione dei creditori concorrenti che non hanno cause legittime di prelazione (art. 37, alin. 3°) ».

Mi compiaccio di veder accolta anche dal Progetto la mia opinione (N. 219). Il progetto preliminare all'art. 37 disponova: « Se i creditori non riscossero tutti lo stesso di-

videndo, oppure concorrono nuovi creditori, si terrà conto dei dividendi riscossi per pareggiare la condizione dei creditori concorrenti che non hanno cause legittime di prelazione. Il progetto definitivo mantiene il concetto con formula più esatta disponendo che: « Se i creditori non riscossero un'eguale quota del dividendo, oppure concorrono nuovi creditori, il trattamento di tutti dovrà essere pareggiato con i primi pagamenti o con le prime distribuzioni, salvo le cause legittime di prelazione. In nessun caso sarà ammessa la ripetizione delle somme riscosse pel precedente concordato. » (v. n. 218).

**222.** La condizione risolutiva nell'accordo amichevole e nel concordato preventivo è sempre, come in ogni altro contratto bilaterale, sottintesa pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione (art. 1165 Cod. civ.). Anche l'inadempimento parziale basterà per la risoluzione, ed anche in questo contratto, come in tutti gli altri, il creditore, anzichè domandare lo scioglimento, potrà costringere il debitore all'adempimento del contratto, oltre il risarcimento dei danni in ambidue i casi.

**223.** Essendo l'accordo amichevole od il concordato preventivo di natura essenzialmente commerciale (v. n. 210) il giudice non potrà accordare la dilazione permessa nell'art. 1165 del Codice civile (art. 42 Cod. comm.).

**224.** La risoluzione può essere chiesta da qualunque creditore che non sia stato interamente pagato di ciò che a lui fu promesso coll'accordo amichevole o col concordato preventivo; l'esecuzione della convenzione non è indivisibile, per cui la risoluzione può esser chiesta anche individualmente.

L'inadempimento, che dà luogo alla risoluzione, sarà, di

regola, fatto del debitore stesso; ma può darsi che questi muoia prima di aver adempito in tutto od in parte alle sue obbligazioni. Se, in tal caso, gli eredi, non eseguiscono quanto fu stabilito coll'accordo, la risoluzione potrà essere chiesta in loro confronto ed entro un anno dalla morte; e potrà essere dichiarato anche il fallimento del loro autore (art. 690 Cod. comm.). È naturale che in questo caso l'annullamento o la risoluzione del concordato dovrà precedere la dichiarazione di fallimento od almeno essere contemporaneo; ammenochè il fallimento non sia dichiarato per debiti nati dopo la stipulazione dell'accordo. Se il fallimento fu già dichiarato, il tribunale darà i provvedimenti opportuni per la continuazione della procedura di fallimento (art. 826 Cod. comm.).

**225.** La risoluzione dell' accordo amichevole o del concordato deve essere domandata giudizialmente (art. 1165 Cod. civ.). Null'osta però, a mio avviso, che la condizione risolutiva espressa operi di pien diritto a favore del singolo creditore non soddisfatto. Nè vale in contrario l' osservare che un contratto stipulato colla sanzione dell' autorità giudiziaria, e che spesso interessa un gran numero di persone, non debba essere risolto segretamente e senza l'intervento del giudice, solo perchè il debitore sia in ritardo nell'adempimento delle sue obbligazioni verso un creditore. Questo argomento potrebbe avere valore se si trattasse della risoluzione dell' intero contratto *quoad omnes*, ma non quando si tratti della risoluzione parziale quanto al solo interesse proprio del singolo creditore non soddisfatto. Se non si ammettesse la validità del patto della risoluzione *ipso jure* nell'interesse individuale, bisognerebbe escludere anche l'azione individuale per risoluzione, che è invece ammessa

anche pel concordato in fallimento (art. 843 Cod. comm.); ed allora, esigendosi sempre la maggioranza, gli interessi dei singoli creditori sarebbero lesi, perchè, specialmente dopo lungo tempo, sarebbe difficile costituire una maggioranza, e perchè la maggioranza, forse soddisfatta, potrebbe non avere interesse alcuno alla risoluzione.

**226**. Il tribunale competente per l'azione di risoluzione sarà, di regola, quello che ha pronunciato l'omologazione dell'accordo o del concordato, sia che la domanda venga fatta nell'interesse di tutti da quella maggioranza, che, per analogia a quanto dispone l'art. 843 Cod. comm., può chiedere risoluzione del concordato *quoad omnes* (art. 685, 2° capov. Cod. comm.), sia che la risoluzione sia domandata individualmente soltanto nell'interesse proprio di uno o più creditori. Quel tribunale, che conosce l'accordo, perchè lo ha omologato, è in condizione meglio di ogni altro di giudicare della risoluzione. Lo stesso tribunale che pronuncia la risoluzione sarà competente a statuire tra tutte le parti che sono intervenute nell'accordo, ed anche a riguardo dei fidejussori (v. nn. 215 e 216).

**227**. La risoluzione del contratto produce generalmente l'effetto di rimettere le parti contraenti nello stato in cui trovavansi prima della convenzione; per ciò la risoluzione dovrebbe operare la liberazione dei fidejussori di qualunque specie.

Però, in materia di moratoria o di concordato preventivo, come nel concordato in fallimento (art. 843, ult. capov. Cod. comm.), la risoluzione dell'accordo, a differenza della nullità, non deve liberare i fidejussori in esso intervenuti, nè far cessare le ipoteche e le altre garanzie con esso costituite, perchè anche l'accordo in moratoria ed il concor-

dato preventivo non sono consentiti se non in ragione delle garanzie prestate, le quali diventano utili solo in caso di inadempimento. La risoluzione per inadempimento contrattuale riflette fatti posteriori all'accordo che, di regola, devono essere stati previsti dalle parti, ed è in previsione di questi fatti che si richiede l'intervento dei garanti. Ammettendo che il debitore possa liberare i garanti, coll'inadempimento agli obblighi suoi, che apre l'adito alla risoluzione, si fomenterebbero le collusioni tra i garanti ed il fallito.

**228.** La risoluzione dell'accordo o del concordato preventivo non produce sempre di necessità il fallimento, specialmente se è pronunciata nel solo interesse individuale di un creditore. Il tribunale dovrà esaminare a tal fine se il debitore versi in istato di cessazione di pagamenti. Se oltre colui che chiese ed ottenne la risoluzione nel suo interesse individuale, non vi fossero altri creditori, a che prò dichiarare il fallimento?

**229.** La risoluzione non può essere pronunciata d'ufficio; l'ingerenza dell'autorità giudiziaria negli interessi privati, deve essere limitata ai soli casi di assoluta necessità. Dopo che le parti hanno sistemato d'accordo tutti i loro interessi, non sarebbe, a mio avviso, nè necessaria, nè legittima la sorveglianza e l'azione incessante della giustizia allo scopo di prevenire gli effetti della cattiva gestione e di assicurare più completamente la conservazione del pegno per tutto il termine fissato dalla convenzione. Il dire che la sorveglianza e la minaccia continua della risoluzione d'ufficio indurrà il debitore all'adempimento delle sue obbligazioni non è motivo sufficiente per giustificare l'ingerenza dell'autorità giudiziaria. Lo stesso motivo dovrebbe

indurre il legislatore ad ammettere l'ingerenza dei tribunali e la risoluzione d'ufficio anche in tutti gli altri contratti bilaterali!

**230.** Anche l'azione di risoluzione, come quella di nullità, si prescrive in cinque anni (art. 1300 Cod. civ., 915 e 917 Cod. comm.). — Renouard (2ª p. 318, n. 509) fa decorrere il termine della prescrizione della azione di risoluzione dall'omologazione del concordato che lo rende obbligatorio per tutti; ma è preferibile, a mio avviso, l'opinione, secondo la quale il termine decorre dal momento nel quale le obbligazioni, il cui inadempimento darebbe luogo alla risoluzione, siano diventate esigibili (Namur, *Code de commerce belge revisé,* T. III, n. 2330. — Dalloz, *Rep. gen.* - V. *Faillite,* n. 876).

**231.** Il progetto definitivo sul concordato preventivo non ammette la risoluzione del concordato pel suo inadempimento (art. 38); e ciò, in ossequio all'eguaglianza, fondamento di ogni giudizio concorsuale. La sotto-Commissione, nella sua relazione (pag. 38) così giustifica la sua proposta: « La cessazione della procedura, con la scelta della definizione amichevole in luogo della liquidazione forzata, è avvenuta per tutti e deve quindi rimanere ferma o venir meno di fronte a tutti. L'indole processuale dell'istituto giustifica questa soluzione ed esclude vi si applichino i principii delle obbligazioni contrattuali e più precisamente la condizione risolutiva tacita (art. 1165 Cod. civ.; Alauzet, *Code de comm.,* 3ª ediz., VII, n. 2663). Accogliendo il principio del Codice di commercio patrio — che consente la risoluzione del concordato nell'interesse individuale di chi la domanda (art. 843, alin. 3°) — si disconosce il carattere collettivo del concordato e si crea (sebbene con certe re-

strinzioni, che rappresentano un irrisorio rispetto di quell'atto) la disuguaglianza fra i creditori. (Corte d'appello di Torino, 25 febbrajo 1887 - *Giurispr. ital.*, 1888, II, 525 — Cassaz. Napoli, 7 luglio 1892 - estr. Salvati, *Foro italiano*, 1893, I, 17). Si distrugge in sostanza ciò che a mezzo del concordato si è ottenuto! L'ammettere poi la risoluzione generale del concordato ove concorra a chiederla la stessa maggioranza necessaria a deliberarlo, è disconoscere l'indole coattiva del concordato anche pei creditori aderenti ormai vincolati dalla deliberazione omologata dall'assemblea; è rendere impossibile la domanda collettiva se il debitore, sia pure in buona fede, ha disinteressati tanti creditori quanti bastano perchè i rimanenti non raggiungano quella maggioranza. L'esigere inoltre un giudizio preliminare, senza nemmeno sancire quale conseguenza necessaria o il ritorno allo stato primitivo di tutti i crediti o la riapertura del fallimento, è creare formalità sopra formalità, situazioni intricate, in opposizione alle esigenze di un procedimento semplice ed essenzialmente egualitario. Per ciò il progetto, sull'esempio della legge concorsuale germanica (§ 181) non ammette la risoluzione del concordato pel suo inadempimento; mantiene le garanzie concesse nel concordato; e, appunto per ciò, esige che si facciano valere prima di domandare la dichiarazione di fallimento del debitore qualora il concordato rimanga tuttavia inadempiuto (art. 38, alin. 2°) ».

**232.** Non mi pare che l'indole processuale dell'instituto del concordato preventivo escluda l'applicazione del principio della condizione risolutiva legale, colla quale la legge veglia sollecita agli interessi dei contraenti e prende per essi la precauzione che i medesimi non sempre pren-

derebbero. Se io consento al concordato e vengo con ciò a costituire quella maggioranza che è la condizione della suavalidità, si è perchè confido che mi verrà puntualmente pagata almeno quella parte non rimessa del mio credito che io accetto a saldo di tutto; senza questa fiducia io non avrei acconsentito, e non si sarebbe costituita quella maggioranza che era necessaria. Se nell'interesse della maggioranza o di tutti si forzano anche i dissenzienti a sobbarcarsi ai patti del concordato, che essi non avrebbero accettato, non si può imporre loro il dilemma o di rinunziare anche al meschino dividendo, al quale fu ridotto il loro credito o a far dichiarare il fallimento. — Spesso in pratica i creditori rifuggono dal valersi isolatamente, e specialmente per piccoli importi, della facoltà loro riservata di far dichiarare il fallimento del debitore inadempiente; spesso il fallimento è meno temuto dal debitore che dai creditori. La minaccia di risoluzione è mezzo più efficace. Se si sottrae il debitore inadempiente dal pericolo a lui minacciato, che i creditori sieno verso di lui ripristinati nella pienezza delle loro ragioni che avevano verso lo stesso prima del concordato, si incoraggieranno i debitori, che non temono il fallimento, a non adempiere agli obblighi assunti col concordato. I creditori non pagati, provocando il fallimento, finiranno col ricevere soltanto un procento sul dividendo loro promesso col concordato preventivo, mentre gli altri creditori disinteressati avranno riscosso l'intiero dividendo pattuito. Se si ammettesse che nel fallimento i creditori non pagati potessero insinuare il loro credito originario si verrebbe implicitamente e necessariamente a riconoscere la risoluzione del concordato nel loro interesse individuale (v. n. 221).

Mentre riconoscendo in ciascun creditore insoddisfatto il diritto di chiedere il fallimento si ritorce la massima della maggioranza che impone alla minoranza, perchè un solo creditore, facendo dichiarare il fallimento distruggerebbe la volontà della maggioranza che, aderendo al concordato preventivo, voleva evitarlo. Non si disconosce l'indole coattiva del concordato, ammettendone la risoluzione per causa di inadempimento, perchè l'indole coattiva del concordato sta nell'obbligare tutti i creditori indistintamente a rispettare i patti del medesimo, non a tollerarne l'inadempimento quando non si voglia ricorrere alla dichiarazione di fallimento.

## TITOLO VIII.

### DISPOSIZIONI PENALI

---

**233.** Le disposizioni penali relative alla moratoria contenute nel vigente Codice di commercio riflettono: le une il debitore, che, nel solo fine di facilitarsi il conseguimento della moratoria, siasi scientemente attribuita contro verità qualche parte dell'attivo, ovvero abbia simulate passività non esistenti per far intervenire nelle adunanze creditori in tutto od in parte simulati (art. 859 Codice comm.); e le altre il creditore, che ha stipulato col debitore o con altra persona vantaggi a proprio favore per il voto sulla domanda di moratoria (art. 866 Cod. comm.).

In quest'ultimo caso la sentenza penale di condanna deve ordinare: 1° la reintegrazione, ove ne sia il caso, presso la massa dei creditori dei beni o dei valori sottratti e la restituzione a chi di ragione di quanto il creditore avesse indebitamente ricevuto; 2° il risarcimento dei danni nella somma che già fosse accettata, salvo sempre il risarcimento dei danni maggiori da provarsi; 3° la nullità, rispetto a tutti, ed anche rispetto al fallito, delle convenzioni parti-

colari che fossero state conchiuse per procurare al creditore i vantaggi accennati nell'articolo 866. Se le domande per gli oggetti sopra indicati non sono proposte nel giudizio penale, o se fu pronunziata sentenza di non farsi luogo a procedere o di assoluzione per un motivo diverso da quelli indicati nell'articolo 6 del Codice di procedura penale, le controversie che riguardano le dette domande sono giudicate dal tribunale (art. 867 Cod. comm.).

Le manovre che falsano il voto della maggioranza, se anche tal voto non sia richiesto come condizione per ottenere la moratoria, possono trarre in inganno il tribunale ed indurlo a concedere la moratoria, che forse altrimenti non concederebbe o non avrebbe concesso. Il sottrarre dall'attivo una somma per favorire il creditore, onde indurlo con ciò a votare favorevolmente, può costituire una dissimulazione d'attivo, che potrebbe essere commessa colla complicità del creditore; ma la legge, oltre la dissimulazione, ha voluto colpire anche i vantaggi particolari assicurati da altre persone diverse dal debitore, anche con somme estranee al patrimonio del debitore, anche con fidejussioni di amici o parenti del debitore.

Il delitto però del debitore di facilitarsi con tale mezzo il conseguimento della moratoria esige il dolo speciale; bisogna che il fatto delittuoso sia stato commesso con conoscenza di causa, come lo indica la parola *scientemente* usata nell'articolo 859.

Così nella stipulazione del creditore col debitore o con altra persona, per assicurarsi vantaggi in corrispettivo del voto sulla domanda di moratoria, a costituire il reato occorre, come estremo indispensabile, il coordinamento dei mezzi al fine. L'esagerazione del credito sarà punibile come

simulazione di passivo; ma la somma data o la promessa fatta al creditore, indipendentemente dal credito, od in aumento al dividendo promesso agli altri creditori, per costituire il reato previsto, dovrà sempre essere stata data o promessa all'intento di raggiungere più facilmente la maggioranza di somma. Per la stessa ragione le alterazioni del passivo derivanti da errori, come i vantaggi speciali procuratisi dal creditore, senza il corrispettivo del voto, non potranno costituire il reato previsto e punito dall'art. 866 Cod. comm.

Le convenzioni a favore del creditore per il voto sulla domanda di moratoria, nella maggior parte dei casi, non si compiono che colla complicità del debitore; poco importa che il voto sia stato dato nell'interesse del debitore o del creditore; non è il caso di distinguere. La legge ha voluto prevenire e reprimere ogni traffico di voti. Poco importa che al voto abbia partecipato un terzo anzichè il creditore, e che il terzo sapesse di non essere creditore. Questi è punito, sia che abbia votato in persona, sia che siasi fatto rappresentare. Il mandatario in questo caso sarebbe complice del creditore (art. 64, n. 3 Cod. pen.). Poco importa che la stipulazione abbia avuto luogo col debitore o con un terzo. Nè è punto influente il modo col quale si è votato; sia che abbia votato colla maggioranza, sia colla minoranza, sia che siasi astenuto, non cesserà l'imputabilità. Nè a sottrarlo alla pena varrebbe neppur il consenso di tutti i creditori che avrebbero potuto essere danneggiati da quel voto. Basta il mercato sul voto per costituire il reato indipendentemente dalla revocazione della moratoria, dall'esecuzione, dalla omologazione, dall'annullamento o dalla risoluzione, dall'accordo amichevole o del concordato preventivo.

**234.** La concessione della moratoria, di regola, non può costituire ostacolo nè all'azione penale per bancarotta, nè all'applicazione della pena; la Commissione compilatrice del Codice vigente diceva: « la concessione della moratoria non può esercitare alcuna influenza sul procedimento penale » (*Verb.*, 922).

Però anche questa regola soffre le sue eccezioni.

Giustamente osserva il Vidari (*Corso di dir. comm.,* 2ª ed., n. 4916) che: « quando il debitore chieda la moratoria prima che sia iniziata qualsiasi procedura di fallimento, egli non cade in alcuna responsabilità penale perciò che, sebbene abbia cessato di fare i proprii pagamenti, non abbia denunciato entro giorni tre al tribunale questo suo stato. E ciò perchè la denuncia del fallimento potrebbe essere fatta inutile del tutto dalla concessione della moratoria, nè il debitore deve essere costretto a fare una domanda per impedirne poi altrimenti gli effetti. »

**235.** Quand'anche il difetto o l'irregolare tenuta dei registri fosse stata ritenuta insussistente dal giudice penale e fosse stata quindi esclusa la bancarotta semplice, il rifiuto della moratoria potrebbe esser giustificato da tale difetto o da tale irregolarità.

La contraddizione non sarebbe che apparente, perchè un fatto inesistente ai fini penali, per il difetto di certi elementi costituenti il reato, può sussistere agli effetti civili. D'altra parte la procedura di moratoria e l'azione penale sono indipendenti l'una dall'altra.

La Cassazione di Firenze (sentenza 29 ottobre 1887, in causa Bossetto) giudicava in questo senso: « È certo, diceva, che la moratoria si domanda e si concede in sede commerciale e lo scopo di essa è quello di ottenere la so-

spensione della sentenza dichiarativa di fallimento. L'esame della tenuta dei libri, in relazione all'imputazione di bancarotta, appartiene al giudizio penale; nè l'uno può coll'altro giudizio identificarsi per indurne la rejudicata, perchè ne mancano i caratteri dettati dal *gius* comune, cioè la stessa cosa non solo, ma altresì la stessa causa del contendere. Vale poi sopratutto la disposizione dell'art. 696 Cod. comm., che una demarcazione perfetta segna fra la procedura del fallimento nella giurisdizione commerciale e l'istruzione ed il procedimento penale che hanno corso con piena reciproca indipendenza e senza interruzione. »

**236.** Queste penalità pel difetto o per la irregolarità dei registri sono anch'esse indipendenti dalla revoca della moratoria o dall'annullamento e risoluzione dell'accordo amichevole, che costituiscono esse pure comminatorie, ma di natura puramente civile. Il procedimento penale deve essere assolutamente indipendente dal voto dei creditori e dalla omologazione dell'accordo amichevole o del concordato preventivo; non deve incontrare alcun ostacolo nè prima nè dopo la convenzione tra i creditori ed il debitore. Se si può far transazione anche sopra un'azione civile che provenga da un reato, l'azione pubblica però non può essere oggetto di private transazioni. Cosicchè nè la moratoria, nè l'accordo amichevole, nè il concordato preventivo, costituiranno ostacolo all'azione penale. Abbiamo notato che non si potrebbe annullare il concordato o l'amichevole accordo pel dolo scoperto prima dell'omologazione, perchè i creditori aveano il mezzo d'impedire che la convenzione diventasse effettiva; ciò nonostante dal punto di vista punitivo, dal momento che il debitore ha volontariamente dissimulato una parte del suo attivo o esagerato il

passivo dolosamente, egli dev'essere punito in qualunque momento siasi scoperto il dolo.

All'inverso il procedimento e la condanna penale non potranno limitare la libertà dei creditori e del debitore di addivenire a quelle convenzioni che dalla legge sono regolate.

**236**. Il progetto definitivo sul concordato preventivo si limita a dichiarare che, per quanto siano applicabili, sono estese rispettivamente al commissario giudiziale ed ai creditori nella procedura di concordato preventivo, oltre le disposizioni suaccennate degli articoli 866 e 867 del Codice di commercio, anche la disposizione dell'articolo 864.

Cosicchè il commissario giudiziale, colpevole di malversazione, sarebbe punito colla reclusione dai tre ai dieci anni (art. 22, n. 4 del R. Decr. 1 dicembre 1889, n. 6509), e, se il danno recato è leggiero, col carcere, ossia colla detenzione non minore di tre mesi; e se non si è reso colpevole che di negligenza, col carcere da un mese ad un anno, oggi corrispondente alla detenzione per egual tempo, e con multa estensibile a lire trecento.

FINE.